FRATRVM BECMANNORVM

CONSILIA

ET

DECISIONES

POST OBITVM NATV MAIORIS

GVSTAVI BERNHARDI BECMANNI. D.

DVM VIXIT

CONS. REG. AVL. PROF. IVR. ORD. ET ADSESSORIS

FACVLTATIS IVRIDICAE

EDIDIT NATV MINOR

OTTO DAVID HENRICVS BECMANNVS. D.

CONS. REG. AVL. ET P. P. O.

PARS II.

GOTTINGAE,

Sumtibus IO. CHRISTIAN. DIETERICH. MDCCLXXXIV.

FRATRVM BECMANNORVM
CONSILIA
ET
DECISIONES

POST OBITVM NATV MAIORIS

GVSTAVI BERNHARDI BECMANNI. D.

DVM VIXIT

CONS. REG. AVL. PROF. IVR. ORD. ET ADSESSORIS

FACVLTATIS IVRIDICAE

EDIDIT NATV MINOR

OTTO DAVID HENRICVS BECMANNVS. D.

CONS. REG. AVL. ET P. P. O.

PARS II.

GOTTINGAE,

Sumtibus IO. CHRISTIAN. DIETERICH. MDCCLXXXIV.

FRATRVM BECMANNORVM

CONSVLTATIONES ET DECISIONES IVRIS.

TOMVS II.

Bayerische Staatsbibliothek München

Bayerische
Staatsbibliothek
München

CONSILIVM XLV.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Canon annuus alteri in pecunia conſtitutus ſine dubio ſecundum pedem monetae, qui tempore conſtitutionis valuit, eſt aeſtimandus.

II. Is, cui annuus canon debetur, adcipiendo minorem debita quantitatem ſine proteſtatione, ſibi praeiudicium facit ratione praeteriti ſtatim, ratione futuri ſi ita adcipere per tempus ad praeſcriptionem requiſitum continuauerit.

III. Quamuis ius exigendi annuas praeſtationes per ſolam etiam longiſſimo tempore continuatam omiſſionem ſolutionis faciendae de iure communi non exſtinguatur; praeſcriptione tamen poteſt quantitas faciendae praeſtationis minui.

IV. Ciuitatibus nec de iure communi nec iure Saxonico competit priuilegium, vt demum quadragenaria contra eas praeſcriptio locum habeat.

V. Si quis locauerit tertio rem cum connexo iure exigendi annui canonis, conductoris factum minorem iuſto canonem adcipientis domino fraudi eſſe nequit, ſi illud neſciuerit; ſin ſciuerit, tum demum ſi tempus ad praeſcriptionem requiſitum elapſum ſit.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio prima. n. 2.
Non in mutuo ſolum, ſed in omnibus etiam aliis praeſtationibus in pecunia conſiſtentibus ad monetam tempore conuentionis obtinentem eſt reſpiciendum. n. 3.
Augmentum pretii alicuius mercis ex mutato pede monetae in deterius originem trahens minime ius dat illi, qui intuitu huius mercis alteri canonem debet, illum in deterius mutandi. n. 4.
Sunt, qui diſpoſitionem L. 13. pr. D. de vſur. et L. 8. C. eod. *ad ſolas vſuras reſtringunt, nec ad alias annuas praeſtationes extendi debere putant; quorum ſententia refutatur. n. 5. et 10.*
Annui reditus ab vſuris toto coelo diſtant, et rationem ſortis habent. n. 6.
Praeſtatio annuorum redituum per ſolam omiſſionem ſolutionis non exſtinguitur de iure communi. n. 7.
Factum conductoris minorem cenſum adcipientis domino locatori non praeiudicat. n. 8.
An ciuitatibus iure communi vel Saxonico priuilegium competat, vt demum quadragenaria contra eas praeſcriptio locum habeat, quaeritur et negatur. n. 9. et 13.
Per longiſſimum tempus obſeruantia interpretatiua fundatur. n. 11.
Qualitas et quantitas praeſtationum annuarum praeſcriptione mutari poteſt. n. 12.
Non dubium eſt, quin coepta contra dominum praeſcriptio continuetur tempore, quo rem alteri locauit. n. 14.
Deciſio quaeſtionis primae. n. 15.
Quaeſtio ſecunda. n. 16.
Factum conductorum minorem iuſto canonem adcipientium ipſis praeiudicat, non domino, qui illud neſciuit. n. 17.
Sin ſciuerit, tum demum domino praeiudicat, ſi tempus praeſcriptionis legitimum ſit elapſum. n. 18.
Deciſio quaeſtionis ſecundae. n. 19.

Unſere freundliche Dienſte zuvor.

Hoch⸗ und Wohledle, Hoch⸗ und Wohlgelahrte,
auch Hoch⸗ und Wohlweiſe,
Günſtige Herren und gute Freunde.

Als dieſelben uns nachſtehende Geſchichtserzählung mit einem faſciculo actorum ſub Lit. D., ſo hiebey zurückgehet, nebſt angehängten Rechtsfragen zugeſendet, und darüber unſer in Rechten gegründetes Gutachten zu ertheilen gebeten;

Demnach

Demnach erachten wir nach fleißiger deren Verleſung und collegialiter gepflogener Erwägung den Rechten gemäß zu ſeyn:

Hat der Magiſtrat zu G. mit der Gemeinde des zum dortigen Hoſpital zur lieben Frauen gewidmeten Guts Fr. bey Gelegenheit eines Rechtsſtreits über die Schuldigkeit dieſer Gemeinde, ihr nöthiges Salz aus des Raths Salzcammer zu nehmen, unter dem 22 Ian. 1675 einen nicht nur vom Churfürſtlichen Oberamt, ſondern auch von höchſter Landesherrſchaft beſtätigten Vergleich geſchloſſen, vermöge deſſen gedachte Gemeinde anſtatt der ſchuldigen Salzabnahme ſich verbunden, dem Rath jährlich als eine immerwährende Einkunft fünf und zwanzig Thaler auf zwey Termine als Walpurgis und Michaelis zu bezahlen und abzuſtatten, und dagegen die Freyheit das für ſich und zu ihrer Haushaltung bedürfende Salz an Orten, wo es ihnen gefällig, einzukaufen, erhalten hat. I

Iſt zur Zeit dieſes geſchloſſenen Vergleichs zwar der im Jahr 1667 eingeführte Zinniſche Münzfuß, nach welchem die feine Mark Silber zu 10½ Rthlr. ausgepräget worden, auch in der Lauſitz eingeführet und üblich geweſen, und nach demſelben in den erſten die Bezahlung wirklich geſchehen, nichts deſto weniger aber dieſe verglichene jährliche Einkunft, nachdem im Jahr 1690 der Leipziger Münzfuß, nach welchem die feine Mark Silbers zu 12 Rthlr. auszuprägen geweſen, eingeführet worden, in der Währung des Leipziger Münzfußes jährlich abgetragen und angenommen worden, und aus den Cammerrechnungen nicht zu erſehen, daß die Gemeinde zu Fr. den Unterſchied der inneren Güte des Zinniſchen und Leipziger Münzfußes welcher ⅐. des Zinniſchen Münzfuſſes, mithin 14$\frac{2}{7}$ pro Cent beträgt, durch ein gezahltes Aufgeld oder ſuperpondium gebührend vergütet habe.

Nachdem im Jahr 1727 der Magiſtrat zu G. für gut befunden, den privilegiirten Salzurbar zu verpachten, und mit dieſer Verpachtung bis im Jahr 1779 continuiret hat; iſt den jedesmaligen Pächtern auch die Erhebung dieſer von der Gemeinde zu Fr. jährlich zu zahlenden Einkunft überlaſſen, auch zu dieſem Behuf der unter dem 22. Ian. 1675 geſchloſſene Vertrag mitgetheilet worden, worauf die Pächter, ohne daß der Magiſtrat ſich um dieſe ihnen überlaſſene Hebung weiter bekümmert, nicht nur fortgefahren, dieſe jährliche Einkunft von 25 Rthlr.

bis im Jahr 1763 nach dem Leipziger Münzfuß, ohne ein Aufgeld zu fordern, anzunehmen, ſondern ſogar vom Jahr 1763 an, da der neue Conventionsfuß, nach welchem die Mark fein Silber zu 13½ Rthlr. ausgemünzet wird, eingeführet worden, dieſe jährliche Einkunft in Conventionsgelde angenommen haben, ohne auch nur den Unterſchied der inneren Güte des Leipziger und des Conventionsmünzfußes, welcher ⅛ des Leipziger Münzfußes, mithin 11⅑ pro Cent beträgt, ſich als ein ſchuldiges Aufgeld oder ſuperpondium bezahlen zu laſſen.

Als hierauf die höchſte Landesobrigkeit im Jahr 1779 mit dem Salzweſen eine ganz neue Einrichtung getroffen, und dadurch der Magiſtrat den verpachteten Salzurbar wieder in eigenene Adminiſtration zu nehmen bewogen worden; hat ſelbiger den geordneten Salzverwalter zu Fr. angewieſen, von der Gemeinde zu Fr.. wenn ſie künftig die mehrgedachte jährliche Einkunft abtragen würde, die Vergütung des Unterſchiedes des nach dem der Zeit des Vertrages zu beobachtenden Zinniſchen und des jeßigen Conventionsfußes, welcher eigentlich 26⅔ pro Cent beträgt, durch ein Aufgeld von 25 pro Cent, mithin bey jedem halbjährigen Termin durch ein Aufgeld von 3 Rthlr. 3 ggr. zu fordern.

Nachdem die Gemeinde zu F. dagegen vorgeſtellet, wasmaaßen 1) auf dieſe jährliche Einkunft dasjenige nicht anzuwenden, was die Rechte von einem im beſſeren Münzfuße geliehenen Capital verordnet, geſtalt 2) ihr weder ein Capital gezahlet, noch ſonſt etwas, ſo mit den innerlichen Werth des Geldes in einem Verhältniß ſtehe, zum Grunde geleget worden, vielmehr 3) die ſteigende und fallende mithin ungewiſſe Nußung des Salzurbars das alleinige obiectum transactionis geweſen, hiernächſt 4) das Salz bey dem gegenwärtigen Münzfuße auch in einem höheren Preiſe als im Jahr 1675 ſtehe, daher 5) der von ihrer Seite aus der freyen Salzerhebung erwartete Nußen ſich ebenfalls vermindere, mithin 6) die jährlich abzuführenden 25 Rthlr. die Natur eines ſolchen canonis, cenſus oder perpetuirlichen locarii hätten, ſo nicht nach dem ehemaligen inneren Werth eines älteren Münzfußes zu fordern, überdem auch 7) ihr wegen der bisher über 100 Jahre nach dem courſirenden Münzfuß geſchehenen Bezahlung die Präſcription zu ſtatten kommen müſſe; wird von Seiten des Magiſtrats dagegen erwidert, daß

a) in

a) in allen Contracten bey einer Veränderung des Münzfußes auf das tempus contractus geſehen werden müſſe, und b) ſolches nicht nur in mutuo, ſondern auch in transactionibus und annuis praeſtationibus ſtatt finde

c. 20., c. 26. X. de cenſib.

WERNHER *Part.* 9. *obſ.* 152.

auch c) die ſeit ſo langer Zeit geſchehene Bezahlung des canonis in geringeren Münzſorten der Stadt nicht präjudiciren möchte, da die Verordnung des

L. 5. *C. de vſur.*

blos von Zinſen rede, mithin auf annuos reditus, die naturam ſortis hätten, nicht erſtreckt werden dürfte, ſo wie d) die vorgeſchützte Präſcription hier keine Anwendung haben möchte, da einestheils annui reditus nach gemeinen Rechten durch eine einfache Verjährung nicht aufgehoben und verändert werden möchten

L. 7. *§. f. C. de praeſcript.* 30. *annor.*

und die

Conſtitut. Elect. Saxon. 3. *Part.* 2.

nicht nur von bloßen praeſtationibus acceſſoriis rede, ſondern auch in der Lauſitz nicht promulgiret worden, anderntheils die Zeit vom Jahr 1727 bis 1779, da der Salzurbar verpachtet geweſen, der Stadt, die ſich um das factum ihrer Pächter zu bekümmern nicht Urſache gehabt nicht ſchaden könne, mithin nur noch auf die Zeit vom Jahr 1690 bis 1727 zu ſehen, welche als eine Zeit von 37 Jahren zur Präſcription gegen eine Stadt nicht zureiche, die praeter quadriennium ad reſtitutionem in integrum conceſſum das priuilegium der Präſcription von 40 Jahren nicht nur nach gemeinen Römiſchen Rechten

HAHN *ad* WESENBEC. *Tit. de vſurpat. Nr.* 7.

ſondern auch nach gemeinen Sächſiſchen Rechten habe;

ZOBEL *ad ius prouinc. Saxon. Lib.* 1. *art.* 29.

Und entſtehen daher folgende Fragen:

FRATRVM BECMANNORVM
CONSILIA
ET
DECISIONES

POST OBITVM NATV MAIORIS

GVSTAVI BERNHARDI BECMANNI. D.

DVM VIXIT

CONS. REG. AVL. PROF. IVR. ORD. ET ADSESSORIS

FACVLTATIS IVRIDICAE

EDIDIT NATV MINOR

OTTO DAVID HENRICVS BECMANNVS. D.

CONS. REG. AVL. ET P. P. O.

PARS II.

GOTTINGAE,

Sumtibus IO. CHRISTIAN. DIETERICH. MDCCLXXXIV.

FRATRVM BECMANNORVM

CONSVLTATIONES ET DECISIONES IVRIS.

TOMVS II.

Bayerische Staatsbibliothek München

Bayerische
Staatsbibliothek
München

CONSILIVM XLV.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Canon annuus alteri in pecunia conſtitutus ſine dubio ſecundum pedem monetae, qui tempore conſtitutionis valuit, eſt aeſtimandus.

II. Is, cui annuus canon debetur, adcipiendo minorem debita quantitatem ſine proteſtatione, ſibi praeiudicium facit ratione praeteriti ſtatim, ratione futuri ſi ita adcipere per tempus ad praeſcriptionem requiſitum continuauerit.

III. Quamuis ius exigendi annuas praeſtationes per ſolam etiam longiſſimo tempore continuatam omiſſionem ſolutionis faciendae de iure communi non exſtinguatur; praeſcriptione tamen poteſt quantitas faciendae praeſtationis minui.

IV. Ciuitatibus nec de iure communi nec iure Saxonico competit priuilegium, vt demum quadragenaria contra eas praeſcriptio locum habeat.

V. Si quis locauerit tertio rem cum connexo iure exigendi annui canonis, conductoris factum minorem iuſto canonem adcipientis domino fraudi eſſe nequit, ſi illud neſciuerit; ſin ſciuerit, tum demum ſi tempus ad praeſcriptionem requiſitum elapſum ſit.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio prima. n. 2.
Non in mutuo ſolum, ſed in omnibus etiam aliis praeſtationibus in pecunia conſiſtentibus ad monetam tempore conuentionis obtinentem eſt reſpiciendum. n. 3.
Augmentum pretii alicuius mercis ex mutato pede monetae in deterius originem trahens minime ius dat illi, qui intuitu huius mercis alteri canonem debet, illum in deterius mutandi. n. 4.
Sunt, qui diſpoſitionem L. 13. pr. D. de vſur. et L. 8. C. eod. *ad ſolas vſuras reſtringunt, nec ad alias annuas praeſtationes extendi debere putant; quorum ſententia refutatur. n. 5. et 10.*
Annui reditus ab vſuris toto coelo diſtant, et rationem ſortis habent. n. 6.
Praeſtatio annuorum redituum per ſolam omiſſionem ſolutionis non extinguitur de iure communi. n. 7.
Factum conductoris minorem cenſum adcipientis domino locatori non praeiudicat. n. 8.
An ciuitatibus iure communi vel Saxonico priuilegium competat, vt demum quadragenaria contra eas praeſcriptio locum habeat, quaeritur et negatur. n. 9. et 13.
Per longiſſimum tempus obſeruantia interpretatiua fundatur. n. 11.
Qualitas et quantitas praeſtationum annuarum praeſcriptione mutari poteſt. n. 12.
Non dubium eſt, quin coepta contra dominum praeſcriptio continuetur tempore, quo rem alteri locauit. n. 14.
Deciſio quaeſtionis primae. n. 15.
Quaeſtio ſecunda. n. 16.
Factum conductorum minorem iuſto canonem adcipientium ipſis praeiudicat, non domino, qui illud neſciuit. n. 17.
Sin ſciuerit, tum demum domino praeiudicat, ſi tempus praeſcriptionis legitimum ſit elapſum. n. 18.
Deciſio quaeſtionis ſecundae. n. 19.

Unſere freundliche Dienſte zuvor.

Hoch- und Wohledle, Hoch- und Wohlgelahrte,
auch Hoch- und Wohlweiſe,
Günſtige Herren und gute Freunde.

Als dieſelben uns nachſtehende Geſchichtserzählung mit einem faſciculo actorum ſub Lit. D., ſo hiebey zurückgehet, nebſt angehängten Rechtsfragen zugeſendet, und darüber unſer in Rechten gegründetes Gutachten zu ertheilen gebeten;

Demnach erachten wir nach fleißiger deren Verleſung und collegialiter gepflogener Erwägung den Rechten gemäß zu ſeyn:

Hat der Magiſtrat zu G. mit der Gemeinde des zum dortigen Hoſpi- 1
tal zur lieben Frauen gewidmeten Guts Fr. bey Gelegenheit eines Rechtsſtreits über die Schuldigkeit dieſer Gemeinde, ihr nöthiges Salz aus des Raths Salzcammer zu nehmen, unter dem 22 Ian. 1675 einen nicht nur vom Churfürſtlichen Oberamt, ſondern auch von höchſter Landesherrſchaft beſtätigten Vergleich geſchloſſen, vermöge deſſen gedachte Gemeinde anſtatt der ſchuldigen Salzabnahme ſich verbunden, dem Rath jährlich als eine immerwährende Einkunft fünf und zwanzig Thaler auf zwey Termine als Walpurgis und Michaelis zu bezahlen und abzuſtatten, und dagegen die Freyheit das für ſich und zu ihrer Haushaltung bedürfende Salz an Orten, wo es ihnen gefällig, einzukaufen, erhalten hat.

Iſt zur Zeit dieſes geſchloſſenen Vergleichs zwar der im Jahr 1667 eingeführte Zinniſche Münzfuß, nach welchem die feine Mark Silber zu $10\frac{1}{2}$ Rthlr. ausgepräget worden, auch in der Lauſitz eingeführet und üblich geweſen, und nach demſelben in den erſten die Bezahlung wirklich geſchehen, nichts deſto weniger aber dieſe verglichene jährliche Einkunft, nachdem im Jahr 1690 der Leipziger Münzfuß, nach welchem die feine Mark Silbers zu 12 Rthlr. auszuprägen geweſen, eingeführet worden, in der Währung des Leipziger Münzfußes jährlich abgetragen und angenommen worden, und aus den Cammerrechnungen nicht zu erſehen, daß die Gemeinde zu Fr. den Unterſchied der inneren Güte des Zinniſchen und Leipziger Münzfußes welcher $\frac{1}{7}$. des Zinniſchen Münzfuſſes, mithin $14\frac{2}{7}$ pro Cent beträgt, durch ein gezahltes Aufgeld oder ſuperpondium gebührend vergütet habe.

Nachdem im Jahr 1727 der Magiſtrat zu G. für gut befunden, den privilegiirten Salzurbar zu verpachten, und mit dieſer Verpachtung bis im Jahr 1779 continuiret hat; iſt den jedesmaligen Pächtern auch die Erhebung dieſer von der Gemeinde zu Fr. jährlich zu zahlenden Einkunft überlaſſen, auch zu dieſem Behuf der unter dem 22. Ian. 1675 geſchloſſene Vertrag mitgetheilet worden, worauf die Pächter, ohne daß der Magiſtrat ſich um dieſe ihnen überlaſſene Hebung weiter bekümmert, nicht nur fortgefahren, dieſe jährliche Einkunft von 25 Rthlr.

bis im Jahr 1763 nach dem Leipziger Münzfuß, ohne ein Aufgeld zu fordern, anzunehmen, ſondern ſogar vom Jahr 1763 an, da der neue Conventionsfuß, nach welchem die Mark fein Silber zu 13⅓ Rthlr. ausgemünzet wird, eingeführet worden, dieſe jährliche Einkunft in Conventionsgelde angenommen haben, ohne auch nur den Unterſchied der inneren Güte des Leipziger und des Conventionsmünzfußes, welcher ⅑ des Leipziger Münzfußes, mithin 11⅑ pro Cent beträgt, ſich als ein ſchuldiges Aufgeld oder ſuperpondium bezahlen zu laſſen.

Als hierauf die höchſte Landesobrigkeit im Jahr 1779 mit dem Salzweſen eine ganz neue Einrichtung getroffen, und dadurch der Magiſtrat den verpachteten Salzurbar wieder in eigenene Adminiſtration zu nehmen bewogen worden; hat ſelbiger den geordneten Salzverwalter zu Fr. angewieſen, von der Gemeinde zu Fr., wenn ſie künftig die mehrgedachte jährliche Einkunft abtragen würde, die Vergütung des Unterſchiedes des nach dem der Zeit des Vertrages zu beobachtenden Zinniſchen und des jetzigen Conventionsfußes, welcher eigentlich 26⅚ pro Cent beträgt, durch ein Aufgeld von 25 pro Cent, mithin bey jedem halbjährigen Termin durch ein Aufgeld von 3 Rthlr. 3 ggr. zu fordern.

Nachdem die Gemeinde zu F. dagegen vorgeſtellet, wasmaaßen 1) auf dieſe jährliche Einkunft dasjenige nicht anzuwenden, was die Rechte von einem im beſſeren Münzfuße geliehenen Capital verordnet, geſtalt 2) ihr weder ein Capital gezahlet, noch ſonſt etwas, ſo mit den innerlichen Werth des Geldes in einem Verhältniß ſtehe, zum Grunde geleget worden, vielmehr 3) die ſteigende und fallende mithin ungewiſſe Nutzung des Salzurbars das alleinige obiectum transactionis geweſen, hiernächſt 4) das Salz bey dem gegenwärtigen Münzfuße auch in einem höheren Preiſe als im Jahr 1675 ſtehe, daher 5) der von ihrer Seite aus der freyen Salzerhebung erwartete Nutzen ſich ebenfalls verrmindere, mithin 6) die jährlich abzuführenden 25 Rthlr. die Natur eines ſolchen canonis, cenſus oder perpetuirlichen locarii hätten, ſo nicht nach dem ehemaligen inneren Werth eines älteren Münzfußes zu fordern, überdem auch 7) ihr wegen der bisher über 100 Jahre nach dem courſirenden Münzfuß geſchehenen Bezahlung die Präſcription zu ſtatten kommen müſſe; wird von Seiten des Magiſtrats dagegen erwidert, daß

a) in

a) in allen Contracten bey einer Veränderung des Münzfußes auf das tempus contractus geſehen werden müſſe, und b) ſolches nicht nur in mutuo, ſondern auch in transactionibus und annuis praeſtationibus ſtatt finde

c. 20., *c.* 26. *X. de cenſib.*

WERNHER *Part.* 9. *obſ.* 152.

auch c) die ſeit ſo langer Zeit geſchehene Bezahlung des canonis in geringeren Münzſorten der Stadt nicht präjudiciren möchte, da die Verordnung des

L. 5. *C. de vſur.*

blos von Zinſen rede, mithin auf annuos reditus, die naturam ſortis hätten, nicht erſtreckt werden dürfte, ſo wie d) die vorgeſchützte Präſcription hier keine Anwendung haben möchte, da einestheils annui reditus nach gemeinen Rechten durch eine einfache Verjährung nicht aufgehoben und verändert werden möchten

L. 7. *§. f. C. de praeſcript.* 30. *annor.*

und die

Conſtitut. Elect. Saxon. 3. *Part.* 2.

nicht nur von bloßen praeſtationibus acceſſoriis rede, ſondern auch in der Lauſitz nicht promulgiret worden, anderntheils die Zeit vom Jahr 1727 bis 1779, da der Salzurbar verpachtet geweſen, der Stadt, die ſich um das factum ihrer Pächter zu bekümmern nicht Urſache gehabt nicht ſchaden könne, mithin nur noch auf die Zeit vom Jahr 1690 bis 1727 zu ſehen, welche als eine Zeit von 37 Jahren zur Präſcription gegen eine Stadt nicht zureiche, die praeter quadriennium ad reſtitutionem in integrum conceſſum das priuilegium der Präſcription von 40 Jahren nicht nur nach gemeinen Römiſchen Rechten

HAHN *ad* WESENBEC. *Tit. de vſurpat. Nr.* 7.

ſondern auch nach gemeinen Sächſiſchen Rechten habe;

ZOBEL *ad ius prouinc. Saxon. Lib.* 1. *art.* 29.

Und entſtehen daher folgende Fragen:

Erſte Frage:

2 Ob nicht der Magiſtrat zu G. von der Gemeinde zu F. die durch den Vergleich vom 22. Ian. 1675 ihm verſprochene jährliche Einkunft von 25 Rthlr., der zeithero in jedesmal gangbaren Sorten erfolgten Annahme ohngeachtet, auf das künftige in dem Werth des zur Zeit des geſchloſſenen Transacts beſtehenden Zinniſchen Münzfußes zu fordern für befugt zu halten?

Ob nun wohl von Seiten des Magiſtrats zur Begründung des behaupteten Rechts, die ihm von der Gemeinde zu F. im mehrgedachten Vergleich vom 22. Ian. 1675 verſprochene jährliche Einkunft von 25 Rthlr. in den Werth des damals üblichen Zinniſchen Münzfußes zu fordern, nicht ohne Anſchein angeführet wird,

3 wasmaaßen I) dieſer jährliche zur Zeit des Zinniſchen Münzfußes verſprochene canon in dem Werth des Zinniſchen Münzfußes um ſo mehr für verſprochen zu halten, je weniger es einem gegründeten Zweifel unterworfen, daß die bekannte Rechtsregel, daß in Beſtimmung der Münzſorten auf das tempus contractae obligationis zu ſehen, nicht nur in den negotiis, vbi de reſtituenda pecunia accepta agitur, als zum Beyſpiel in mutuo, ſondern auch in den negotiis, vbi pecunia primum ſoluenda promiſſa, als in transactionibus und promiſſionibus quibuscumque annuorum redituum, ſtatt haben müſſe,

indem 1) in allen conuentionibus, da in ſelbigen mehr auf den Sinn der Partheyen, als auf die Worte zu ſehen,

L. 219. *D. de verb. ſignific.*

dasjenige, woran die Paciſcenten zur Zeit der errichteten Convention vermuthlich gedacht haben, für verſprochen zu halten,

L. 21., *L.* 24. *D. de reb. dub.*

dannenhero, wenn in der Convention keine Münzſorte beſtimmet worden, ohnſtreitig diejenige Münzſorte, welche zur Zeit der errichteten Convention üblich geweſen, als verſprochen angeſehen werden muß;

WERNHER *Part.* 9. *obſ.* 152.

Daher

Daher 2) nicht nur in Rechten überhaupt verſehen, creditorem non eſſe cogendum in aliam formam nummos accipere, ſi ex ea re damnum aliquod paſſurus ſit;

L. 99. D. de ſolut.

ſondern auch 3) in Anſehung eines vor langen Zeiten verſprochenen cenſus oder reditus annui beſonders verordnet worden, daß ſolcher ſolutione prioris pecuniae, vel, ſi non ſit in vſu, aeſtimatione penſionis antiquae abgetragen werden ſoll;

c. 26. X. de cenſibus.

ſo wie auch 4) dieſes als eine gemeine Meynung von den bewährteſten Rechtsgelehrten behauptet wird;

LAVTERBACH *Coll. theor. pract. Tit. de ſolut. §. 23. ibique cit. DD.*

WERNHER *loc. cit.*

LEYSER *ſpec. 529. med. 16.*

Daneben II) dasjenige, was die Gemeinde zu Fr. dagegen von der ungewiſſen Nutzung des Salzurbars, von dem bey geringeren Münzfuße geſtiegenen Preiſe des Salzes, und von ihrem dadurch verminderten Vortheil aus dem geſchloſſenen Vergleich vorgeſchützet, freylich gar keine Aufmerkſamkeit verdienen mag,

in Betracht daß 1) ſie dem Magiſtrat für die ungewiſſe Nutzung 4 ſeines priuilegii und für ihre in Anſehung deſſen erhaltene Freyheit eine beſtimmte jährliche Präſtation in Gelde verſprochen hat, welche Präſtation in Anſehung der Münzſorten nach den allgemeinen Regeln eines verſprochenen beſtändigen canonis, und nicht nach dem ungewiſſen Nutzen desjenigen, wofür ſie verſprochen worden, zu beurtheilen;

weniger nicht 2) der bey eingeführtem geringeren Münzfuße geſtiegene Preis des Salzes eine natürliche ſchon in Rechten anerkannte Folge des veränderten äuſſeren Werths vom Golde und Silber iſt,

arg. L. 2. C. de veter. numismat. poteſt.

welche die Intention des Magiſtrats vielmehr begründet, da er blos durch ein billiges Aufgeld des ihm nach einem ſchwereren Münzfuß verſprochenen jährlichen canonis wegen der höheren Preiſe, wofür er das

Salz in geringeren Münzſorten verkauft haben würde, ſchadlos gehalten wird;

gleichergeſtalt 3) die vorgeſchützte Verminderung ihres aus dem Vergleich gehofften Vortheils durch die im geringeren Münzſorten geſtiegenen Preiſe des Salzes einestheils, in ſo fern die Preiſe blos nach dem Verhältniß der inneren Güte des Geldes geſtiegen, für keine wahre, ſondern blos ſcheinbare Verminderung ihres Vortheils zu halten, anderntheils, wenn die Preiſe auch höher geſtiegen ſeyn möchten, einen bloßen Zufall zuzuſchreiben ſeyn würde, den ſie bey Errichtung des Vergleichs als möglich vorher ſehen müſſen, und der, da ſie ihn nicht zur Bedingung ihrer Verbindlichkeit gemacht, in ihre Schuldigkeit, den beſtimmten canonem zu präſtiren, keinen Einfluß haben mag;

Ferner III) der Gemeinde zu F. der Umſtand, daß ſie die verſprochene jährliche Präſtation ſeit dem Jahr 1690 jederzeit in courſirenden Münzſorten ohne Aufgeld bezahlt, und desfalls ohne einige Erinnerung quittiret worden, nicht zu ſtatten kommen möchte,

5 angeſehen 1) die bekannten Verordnungen der Rechte im

L. 13. *pr. D. de vſur.*
L. 5., *L.* 8. *C. eodem*

hier nicht eintreten möchten, indem a) ſolche nach bewährter Rechtsgelehrten Meynung blos auf eigentliche Zinſen zu reſtringiren, da der Grund dieſer Verordnung theils in einem odio der Zinſen,

BRVNNEMANN *ad L.* 5. *C. de vſur. Nr.* 5.
CRAMER *tom.* 1. *obſ.* 94.

theils in der Freyheit des Gläubigers, ſein Capital, wenn er ſolches auf geringere Zinſen nicht länger ſtehen laſſen will, loszukündigen, zu ſuchen ſey,

PVFENDORF *Part.* 4. *obſ.* 101. §. 4.

6 mithin b) auf annuos reditus irredimibiles, wohin der in Frage ſtehende canon ohnſtreitig zu rechnen, um ſo weniger erſtreckt werden möchten, je gewiſſer es iſt, daß ſolche nicht naturam vſurarum, ſondern rationem ſortis haben, da ſie als ſolche von Zinſen ausdrücklich ſo wohl im Römiſchen Rechte,

Nov. 160. *c.* 1.

als

als auch im Canoniſchen

c. 1. *c.* 2. *Extrauag. comm. de emtione vendit.*

unterſchieden werden, und nach der Lehre der bewährteſten Rechtsgelehrten wie ein wahres Capital betrachtet werden müſſen,

GAIL *Lib.* 2. *obſ.* 7. *n.* 5. *ſqq.*

LVDOLPH *obſ.* 172. 327.

CARPZOV *Part.* 3. *conſt.* 24. *def.* 12. *et pract. crim. Quaeſt.* 92. *Nr.* 86.

BERGER *oecon. iur. lib.* 3. *tit.* 8. §. 13. *not.* 5.

auch 2) dem Magiſtrat aus dem Verlauf der Zeit vom Jahr 1690 bis 1779 keine Präſcription entgegen geſetzt werden möchte,

immaaßen a) bey jährlichen Renten, ſo lange nämlich der Schuldner durch ein factum contradictorium ſich nicht im Beſitz der Freyheit geſetzt hat,

KLOCK *de contribut. cap.* 16. *ſect.* 2. *Nr.* 67.

LEYSER *ſpec.* 253. *med.* 2.

ratione futuri bekannten gemeinen Rechten nach keine einfache Präſcription ſtatt findet, ſondern die Rente eines jeden Jahrs durch eine beſondere Verjährung zu präſcribiren iſt,

L. 7. §. *f. C. de praeſcript.* 30. *annor.*

L. 46. §. 9. *C. de epiſc. et cler.*

LEYSER *loc. cit. med.* 1.

Cramer Nebenſtunden *Part.* 20. *Nr.* 3. §. 3.

und dieſe Beſchaffenheit der jährlichen Renten ſelbigen nicht nur in Anſehung der Präſtation überhaupt, ſondern auch ob paritatem rationis in Anſehung der Qualität und Quantität der jährlichen Präſtation zukommen müſſe, auch dagegen die

Conſtit. Elect. Sax. 3. *Part.* 2.

nicht angeführet werden möchte, da ſolche einestheils nur von Zinſen und Pächten, mithin von praeſtationibus annuis acceſſoriis, nicht aber von beſtändigen jährlichen Renten redet, anderntheils dieſe Verordnungen in Lauſitz nie promulgiret worden;

Hiernächſt b) wenn auch im gegenwärtigen Fall an ſich eine Verjährung zuläſſig ſeyn dürfte, dennoch ſolche den Rechten nach noch nicht
8 pro completa geachtet werden möchte, ſintemalen α) dem Magiſtrat während der Zeit, da der Salzurbar verpachtet geweſen, nämlich vom Jahre 1727 bis 1779 keine Präſcription laufen mögen, da der Magiſtrat den verſprochenen jährlichen canonem nicht ſelbſt gehoben, ſondern das exercitium ſeines Rechts den Pächtern überlaſſen, die durch die Annahme des canonis in geringeren Münzſorten zwar ſich, allein nicht dem Magiſtrat präjudiciiren mögen, mithin β) nur noch die Zeit von 1690 bis 1727, mithin eine Zeit von 37 Jahren in Betrachtung
9 kommen dürfte, welche aber zur rechtlichen Verjährung gegen eine Stadt nicht für zureichend zu halten, da nach der Lehre bewährter Rechtsgelehrten den Städten nicht nur nach gemeinen Römiſchen, ſondern auch nach gemeinen Sächſiſchen Rechten das priuilegium praeſcriptionis quadragenariae in der Maaße zuſtehe,

ZOBEL *ad ius prouinc. Saxon. Lib.* 1. *art.* 29.

HAHN *ad* WESENBEC. *tit. de vſurpat. Nr.* 7.

daß ihnen nach deren Vollendung dagegen noch ein quadriennium zum Behuf des ihnen in Rechten ertheilten beneficii reſtitutionis in integrum

L. 3. *C. de iur. reipublic.*

L. 4. *C. quib. ex cauſſ. maior.*

zugeſtanden werden müſſe

BOEHMER *de act. Sect.* 2. *cap.* 12. §. 8. *lit. k.*

BERGER *oecon iur. Lib.* 2. *tit.* 2. §. 23. *not.* 2.

dieſem gemeinen Rechte auch durch die

Conſtit. Elect. Saxon. 6. *Part.* 2.

nicht derogiret worden, da es ſelbiger an der Promulgation in der Lauſitz fehle, wo mehr aufs gemeine Sächſiſche, als aufs Churſächſiſche Recht geſehen werde;

Dennoch aber und dieweil wenn gleich die in rationibus dubitandi Nr. I. et II. angeführte beyde erſte Gründe ihre ohnſtreitige Richtigkeit haben, und es keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß die Gemeinde zu Fr. den im Jahr 1675 verſprochenen jährlichen canonem in dem

dem Werth des damals üblichen Zinniſchen Münzfußes zu ewigen Zeiten zu bezahlen, mithin bey eingeführtem leichteren Münzfuße den Unterſchied der innern Güte des Geldes durch ein verhältnißmäßiges Aufgeld zu vergüten, ſchuldig geworden, und was ſie dagegen von der ungewiſſen Nutzung des Salzurbars, von dem bey geringeren Münzfuße geſtiegenen Preiſe des Salzes, und von ihrem dadurch verminderten Vortheil angeführet, nicht von der geringſten Erheblichkeit iſt, dennoch das dem Magiſtrat aus dem mehrgedachten Vergleich erwachſene Recht, dieſen canonem beſtändig, mithin auch forthin noch nach dem Werth des Zinniſchen Münzfußes zu fordern, durch die vom Jahre 1690 an bis 1763 beſtändig geſchehene Bezahlung und Annahme dieſer verſprochenen jährlichen Einkunft nach dem Werth des Leipziger Münzfußes den Rechten nach ſowohl naturali modo per remiſſionem, als ciuili modo per praeſcriptionem für aufgehoben und erloſchen zu halten;

Unerwogen 1) ein Gläbiger, wenn er von ſeinem Schuldner eine ihm gebührende jährliche Präſtation ſeit mehreren Jahren in einer geringeren Quantität, als die verſprochene geweſen, ohne Widerrede angenommen, ſich durch dieſe Annahme nach gemeinen Römiſchen Rechten nicht nur ratione praeteriti, ſondern auch ratione futuri präjudiciiret,

L. 13. *pr. D. de vſur.*

L. 8. *C. eodem.*

und, wenn er auch eine Stadt ſeyn ſollte,

L. 5. *C. eodem.*

dadurch ipſo facto zureichend declariret, daß er mit der bisher ange-
nommenen geringeren Quantitat dieſer jährlichen Präſtation auch ins
künftige zufrieden ſeyn wolle; welche Verordnung der Geſetze keines- 10
weges als eine auf einem odio vſurarum oder auf einer Freyheit des
Gläubigers, ſein Capital loszukündigen, gegründete Verordnung, auf
bloße eigentliche Zinſen einzuſchränken, ſondern aus dem wahren Grunde
einer ſtillſchweigenden Remiſſion und Liberation

VOET. *ad Pand. tit. de vſur.* §. 14.

CARPZOV *Part.* 2. *conſtit.* 2. *def.* 5. *n.* 6. *ſqq.*

worauf den Rechten nach in dubio geſprochen werden ſoll,

L. 47. D. de obligat. et act.

auf alle und jede jährliche praeſtationes, mithin auch auf annuos reditus mit Beſtande Rechtens zu erſtrecken,

CARPZOV *loc. cit.*

BERGER *Part. 1. reſponſ.* 221.

BOEHMER *Tom. 2. part. 1. reſponſ.* 443. *Nr. 7.*

einfolglich auch im gegenwärtigen Fall dem Magiſtrat in Anſehung des Zinniſchen Münzfußes nach einer, ſo lange der Leipziger Münzfuß geſtanden, in deſſen Werth angenommenen Bezahlung der verſprochenen jährlichen Einkunft ohnſtreitig entgegenſtehet;

11 Hiernächſt II) dieſe ſeit ſo vielen Jahren ununterbrochen geſchehene Bezahlung und Annahme der jährlichen Einkunft in dem geringeren Werth des nachher eingeführten Leipziger Münzfußes eine ungezweifelte obſeruantiam interpretatiuam des im Jahr 1675 geſchloſſenen Vergleichs in ſich enthält, vermöge welcher die Gemeinde zu Fr. den verſprochenen jährlichen canonem auch nur in dem Werth des Leipziger Münzfußes abzutragen die Befugniß haben ſoll, nach welcher interpretativen Obſervanz natürlich alle conuentiones erkläret werden müſſen;

L. 7. §. 15. D. de Sto Macedon.

L. 15. D. de reb. dub.

L. 33., L. 37. D. de legib.

c. 8. X. de conſuetud.

Mantica de tacit. et ambig. conuent. Lib. 2. tit. 1. n. 5., tit. 7. n. 20.

Endlich III) das dem Magiſtrat aus dem im Jahr 1675 geſchloſſenen Vergleich auf den Werth des Zinniſchen Münzfußes erwachſene Recht wegen der ſeit dem Jahr 1690 in dem Werth des Leipziger Münzfußes beſtändig angenommenen Bezahlung auch durch eine Präſcription für aufgehoben zu halten,

12 angeſehen 1) wenn gleich das Recht der jährlichen Renten ſelbſt, ſo lange der Schuldner durch ein factum contradictorium ſich nicht in Beſitz der Freyheit geſetzt hat, einer Verjährung nach gemeinen Rechten nicht

unter-

unterworfen iſt; dennoch die Qualität und Quantität der jährlichen Renten, beſonders in Anſehung der Münzſorten, nach einer über Rechts verjährte ununterbrochen geſchehenen bloßen Annahme der Renten in geringeren Münzſorten durch eine Verjährung ſowohl nach gemeinen Rechten

c. 20. *X. de cenſib.*

als nach Churſächſiſchen Rechten vermöge der

Conſtit. Elect. Saxon. 3. *Part.* 2.

worinn die Worte: Zinſen und Pächte, in cenſu generali quemcumque cenſum annuum anzeigen, gar wohl verändert werden mag;

CARPZOV *Part.* 2. *conſt.* 2. *def.* 5.

BERLICH *Part.* 2. *concluſ.* 5. *Nr.* 5.

PVFENDORF *Part.* 1. *obſ.* 116. §. 6., *Part.* 4. *obſ.* 101. §. 5. *ſqq.*

Daneben 2) dieſe Rechtsbewährte Zeit in Anſehung des Zinniſchen Münzfußes ſeit dem Jahr 1690 überflüſſig verſtrichen,

immaaßen a) den Städten das priuilegium der praeſcriptionis qua- 13
dragenariae mit Beſtande Rechtens ſo wenig nach gemeinen, als nach Sächſiſchen Rechten beygeleget werden mag, vielmehr nicht nur nach gemeinen Rechten in der

Nov. 111. *c.* 1.

mit Aufhebung der den Kirchen und Städten vorher in

L. 24. *C. de ſacroſ. eccleſ.*

ertheilten praeſcriptionis ſecularis ſeu centenariae blos den Kirchen und piis locis ſtatt deren das priuilegium der praeſcriptionis quadragenariae ertheilet, bey allen andern Perſonen aber, mithin auch bey Städten, die praeſcriptio tricennalis beſtätiget worden; ſalua ſcilicet circa alias perſonas et cauſſas virtute, quam ſemper tricennalis ſibi praeſcriptio vindicabat: quoniam hanc decem annorum adiectionem ſolis, vt dictum eſt, religioſis locis, eorumque iuri vel contractibus indulgemus,

cit. Nov. 111. *c.* 1.

FACHINEVS *Lib.* 8. *controu. cap.* 3.

LEYSER *ſpec.* 459. *med.* 9.

ſondern

ſondern auch nach Churſächſiſchen Rechten vermöge der

Conſtit. Elect. Saxon. 6. Part. 2.

bey Städten die gewöhnliche praeſcriptio longiſſimi temporis von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen eintreten ſoll; ſo wie die gemeinen Sächſiſchen Rechte von der Präſcription der Städte nichts beſonderes verordnen, und was der oben angeführte

ZOBEL *ad ius prouinc. Saxon. Lib. 1. art. 29.*

von der praeſcriptione quadragenaria behauptet, von ihm aus Irrthum nach gemeinen, und nicht beſonders nach Sächſiſchen Rechten behauptet wird;

einfolglich b) ſchon allein durch die vom Magiſtrat vom Jahre 1690 an bis 1727, da der Salzurbar verpachtet worden, mithin binnen einer Zeit von 37 Jahren beſtändig geſchehene Annahme des canonis in dem Werth des Leipziger Münzfußes das zur Präſcription erforderte longiſſimum tempus nebſt dem zur Reſtitution beſtimmten quadriennio völlig abgelaufen, und dadurch die Verjährung vollendet worden;

überdem c) wenn auch der Stadt das priuilegium praeſcriptionis quadragenariae zukommen möchte, dennoch auch dieſe ſchon pro completa würde gehalten werden müſſen, indem die gegen den Magiſtrat vom Jahre 1690 an angefangene Verjährung auch nach geſchehener Verpachtung ihren Fortgang gehabt haben würde, da contra dominum, der eine Sache ſelbſt nicht unmittelbar beſitzet, ſondern einem andern naturalem rei poſſeſſionem überlaſſen, ſogar eine Verjährung angefangen werden mag,

L. 15. §. 7. D. de vſufruct.

LEYSER *ſpec. 454. med. 9.*

14 mithin dieſe ſchon angefangene Verjährung um ſo mehr continuiret werden müſſen, da der Magiſtrat den Beſitz ſeines Rechts durch ſeine Pächter gegen die Gemeinde, und die Gemeinde den Beſitz ihres Rechts durch die Pächter gegen den Magiſtrat blos fortgeſetzet, zumalen den Pächtern bis zum Jahr 1763, daß ſie den canonem in der Maaße, wie er vorher vom Magiſtrat angenommen worden, anzunehmen fortgefahren, auf keine Weiſe zur Laſt geleget werden mag, und nirgends

in

in Rechten einer Verpachtung die Kraft beygeleget worden, daß während deren eine angefangene Verjährung ſtille ſtehen und ruhen ſolle;

Als halten wir in Rechten dafür:

Daß der Magiſtrat zu G. von der Gemeinde zu Fr. die durch den 15
Vergleich vom 22. Ian. 1675 ihm verſprochene jährliche Einkunft von 25 Rthlr. in dem Werth des zur Zeit des geſchloſſenen Transacts üblichen Zinniſchen Münzfußes forthin zu fordern für befugt nicht zu halten.

Zweyte Frage:

Ob nicht der Magiſtrat zu G. von der Gemeinde zu Fr. die in 16
Frage ſtehende jährliche Einkunft, der von den Pächtern ſeit dem Jahre 1763 bis 1779 in Conventionsgelde geſchehenen Annahme ohngeachtet in dem Werth des Leipziger Münzfußes zu fordern berechtiget ſey?

Obzwar die Gemeinde zu Fr. der Meynung iſt, daß die in Frage ſtehende jährliche Einkunft nicht in dem Werth eines beſtimmten Münzfußes, ſondern nur in den jederzeit courſirenden Münzſorten, mithin jetzt blos in Conventionsgelde zu zahlen verbunden ſey,

in Betracht daß 1) eine verſprochene jährliche Rente überhaupt nicht, wie ein ausgezahltes Capital, nach einem gewiſſen Münzfuß, ſondern bloß in den jederzeit courſirenden Münzſorten zu bezahlen,

auch 2) dieſes im gegenwärtigen Fall beſonders noch daher eintreten müſſe, daß dieſe Einkunft für die ungewiſſe Nutzung des Salzurbars verſprochen worden, die Preiſe des Salzes bey geringerem Münzfuße geſtiegen, und dadurch ihr gehoffter Vortheil vermindert worden;

Daneben 3) der jetzige Conventionsfuß noch beſonders durch die ſeit dem Jahre 1763 bis 1779 geſchehene Annahme des canonis im Conventionsgelde ſowohl wegen der Verordnung der

L. 13. pr. D. de vſur.

L. 5., L. 8. C. eodem.

als auch wegen der darinn enthaltenen obſeruantiae interpretatiuae für begründet zu halten;

Dieweil aber dennoch 1) aus demjenigen, was bey der erſten Frage in rationibus dubitandi Nr. I) ausgeführet worden, zureichend erhellet, daß auch bey verſprochenen jährlichen Renten in Anſehung der Güte des Geldes auf das tempus initae conuentionis vel contractus zu ſehen, mithin die Rente jederzeit in der zur Zeit des Contracts üblichen Güte des Geldes, und nicht nach einem eingeführten geringeren Münzfuß bezahlt werden muß;

Weniger nicht 2) bey der erſten Frage in rationibus dubitandi Nr. II.) gezeigt worden, daß dasjenige, was die Gemeinde dagegen von der ungewiſſen Nutzung des Salzurbars, von dem bey einem geringeren Münzfuß geſtiegenen Preiſe des Salzes, und von ihrem dadurch verminderten Vortheil vorgeſchützet, von gar keiner Erheblichkeit iſt;

Mithin 3) es ſeine ungezweifelte Richtigkeit hat, daß der Magiſtrat aus dem Vergleich vom 22. Ian. 1675 das Recht erhalten, die ihm verſprochene jährliche Einkunft von 25 Rthlr. in dem Werth des damals beſtehenden Zinniſchen Münzfußes zu ewigen Zeiten zu fordern;

Und wenn gleich 4) durch die ſeit dem Jahre 1690 bis 1763 ununterbrochen geſchehene Bezahlung und Annahme dieſer jährlichen Einkunft in dem Werth des Leipziger Münzfußes das Recht des Magiſtrats, dieſe Rente forthin in dem alten Werth des Zinniſchen Münzfußes zu fordern: ſowohl naturali als ciuili modo aufgehoben, und dafür das Recht, dieſen canonem blos nach Leipziger Währung zu verlangen, ſubſtituiret worden;

Dennoch 5) dieſem per tacitum conſenſum et per praeſcriptionem fundirten Recht des Magiſtrats, die jährliche Einkunft forthin nach dem Werth des Leipziger Münzfußes zu verlangen, mit Beſtande Rechtens nicht entgegengeſetzt werden mag, anerwogen, wenn gleich die Pächter ſeit der im Jahre 1763 geſchehenen Einführung des Conventionsfußes den in dem Werth des Leipziger Münzfußes zu entrichtenden canonem in Conventionsgelde, ohne ein Aufgeld zu fordern, bis im Jahr 1779 angenommen haben,

17 dennoch a) der Magiſtrat durch dieſes factum der Pächter ſein ius quaeſitum per tacitam remiſſionem um ſo weniger verlieren mögen, je weniger dieſe Annahme von ihm ſelbſt geſchehen, oder auch auf ſeine

Ordre

Ordre verrichtet worden, weswegen, da es bey dieſer Annahme an der Einwilligung des eigentlichen Gläubigers gänzlich fehlet, auch bey ſelbiger ſo wenig die Verordnung des

L. 13. pr. D. de vſur.

L. 5., L. 8. C. eodem.

als eine obſeruantia interpretatiua, welche beyde natürlich ſcientiam et conſenſum creditoris zum voraussetzen, den Rechten nach eintreten mag;

auch b) wenn gleich der Magiſtrat dieſes factum ſeiner Pächter gewußt haben möchte, dennoch dieſe Wiſſenſchaft ihm noch nicht zum Nachtheil gereichen dürfte, da nach Canoniſchen Rechten ſelbſt die Wiſſenſchaft eines Gläubigers bey Annehmung einer geringeren jährlichen Rente ihm nur alsdann erſt ratione futuri ſchaden ſoll, wenn die Annahme über die Rechtsverjährte Zeit continuiret worden, 18

c. 20. X. de cenſib.

BERLICH *Part. 2. concluſ. 5. n. 5.*

PVFENDORF *Part. 4. obſ. 101. §. 5. ſqq.*

welche Zeit aber ſeit dem Jahr 1763 noch nicht verſtrichen iſt;

Als ſind wir der rechtlichen Meynung:

Daß der Magiſtrat zu G. von der Gemeinde zu Fr. die in Frage ſtehende jährliche Einkunft, der von den Pächtern ſeit dem Jahre 1763 bis 1779 in Conventionsgelde geſchehenen Annahme ohngeachtet, forthin in dem Werth des Leipziger Münzfußes in natura oder durch ein verhältnißmäſſiges Aufgeld zu fordern allerdings für berechtiget zu halten.

Alles von Rechts wegen.

Nomine facultatis iuridicae.

CONSILIVM XLVI.

THEMA PRINCIPALE.

Exemplum fideicommiſſi conditionati proponitur, in quo dubium eſt, vtrum conditio fideicommiſſi iam deficiat; atque etiamſi probabilis eſſe oſtenditur deficiens conditio, tamen adminiſtratoribus bonorum eccleſiae, quae lucrum ex fideicommiſſo capere debebat, conſilium datur, vt ante certitudinem plenam defectus conditionis iura quaevis competentia ſuae eccleſiae referuent, neque in declarationem fideicommiſſi ſublati ſimpliciter conſentiant.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio prima, ſecunda et tertia. n. 2. 3. et 4.
Fideicommiſſum vniuerſale in dubio non complectitur liberorum legitimam. n. 5.
Praeter legitimam liberi fideicommiſſo grauati etiam deducunt quartam Trebellianicam. n. 6.
Per cautelam Socini tamen vtraque haec detractio poteſt impediri. n. 7.
Fideicommiſſum liberis impoſitum poſt mortem reſtituendum tacitam habet conditionem, ſi ſine liberis deceſſerint. n. 8.
In conditionibus teſtamentorum voluntas potius eſt, quam verba ſpectanda. n. 9.
Conditio fideicommiſſi in caſu propoſito eſt vna ſed complexa duas determinationes. n. 10.
Hinc purum non poteſt reddi fideicommiſſum, niſi vtraque determinatione exſiſtente; ſed ceſſat vel vna deficiente. n. 11.
Rationes, quare in caſu propoſito ſola generatio liberorum, licet ante matrem forte decedant, videatur obſtare fideicommiſſo. n. 12.
Voluntas teſtatoris interea quodammodo dubia manet. n. 13.
Vnde fluit deciſio quaeſtionum propoſitarum. n. 14.

Unſer

Unſere freundliche Dienſte zuvor.

Hochedler und Hochgelahrter

Günſtiger Herr und guter Freund.

Als derſelbe uns eine Geſchichtserzählung mit beygefügter Copey eines Teſtaments nebſt angehängten Rechtsfragen zugeſendet, und darüber unſer in Rechten gegründetes Gutachten zu ertheilen gebeten;

Demnach erachten wir nach fleiſſiger deren Verleſung und collegialiter gepflogener Erwegung den Rechten gemäß zu ſeyn:

Hat Titius in ſeinem ſub Lit. A. beygefügtem Teſtament ſeine einzige Tochter Meuiam zur Univerſalerbin eingeſetzet, und dabey im §. 4. des gedachten Teſtaments verordnet, daß, wenn ſie in der Minderjährigkeit mit Tode abgehen ſollte, oder ſich nicht verheyrathen und dadurch Kinder erzeugen würde, ſie die Erbſchaft blos als ein Fideicommiß beſitzen, nutzen und gebrauchen, nach dem auf ſolchen Fall geſetzten Ableben derſelben aber dieſe ſeine ſämmtliche Verlaſſenſchaft, wie die auch immer Namen haben möchte, und davon nichts ausgenommen, an ſeine Schweſter und Bruders Kinder, und bey deren Ermangelung an derſelben Kindeskinder, jedoch mit dem Beding kommen ſolle, daß dieſelben an die Lutheriſche St. Petri Kirche zu Diedenhofen 4000 Rthlr., oder, wenn das nachgelaſſene Vermögen unter 8000 Rthlr. ſich befinden würde, die Hälfte davon auszahlen, als auf welchen Fall er dieſelben hiemit als Erben ſubſtituiret haben wolle; auch im §. 8. dieſes Teſtaments in Anſehung des auf den Fall ſtehenden Theils der Lutheriſchen Kirche die weitere Verfügung gemacht; und im §. 11. verordnet, daß, wenn ſeine Univerſalerbin ſeinem letzten Willen nicht auf das genaueſte nachleben ſollte, ſie bis auf die Hälfte des Vermögens enterbet ſeyn, und der verluſtige Theil den angegebenen Anverwandten zufallen ſolle. I

Iſt Titius darauf im Octobr. 1768 mit Hinterlaſſung dieſer einzigen jetzt ins 17. Jahr gehenden und alſo damals noch unmündigen Tochter mit Tode abgegangen, und hat dieſe Tochter Meuia ſich nicht nur während ihrer Minderjährigkeit im Jahr 1778 bereits verheirathet, ſondern auch in dieſer Ehe ſchon im vorigen Jahr einen Sohn erzeuget,

get, auf welchen der Wahrſcheinlichkeit nach noch mehrere Kinder folgen möchten.

Nachdem nun Meuia anjetzo bey den Gerichten eingekommen, und unter Beytritt ihres Ehemannes vermittelſt gerichtlicher Anerkennung des angeführten väterlichen Teſtaments vorgeſtellet, daß durch ihre vollzogene Ehe und durch die daraus erfolgte Erzeugung eines Sohnes die im §. 4. des väterlichen Teſtaments geſetzte Bedingung der Subſtitution ihrer väterlichen Seitenanverwandten und der gedachten Lutheriſchen Kirche weggefallen, mithin ihr nunmehro ein uneingeſchränktes Eigenthum der ſämmtlichen väterlichen Verlaſſenſchaft zuſtehe, dem zu Folge auch die Ausantwortung der auf die väterlichen capitalia ſprechenden Documenten und der Kaufbriefe über die Häuſer verlanget, und um desfallſige Verfügung an den Vormund gebeten; iſt die vom Gerichte dem Vormund injungirte Erklärung dahin ausgefallen, daß er nebſt ſeiner Ehefrau die zu des Titii Seitenanverwandten gehöret, der Meuiae Suchen für gegründet halte, jedoch die Sache der Erklärung der übrigen Mitintereſſenten und einer obrigkeitlichen Verfügung überlaſſen wolle.

Als hierauf den Kirchenvorſtehern der Lutheriſchen Kirche angedeutet worden, ſich zu erklären, ob ſie in Anſehung der, der Kirche zu St. Petri im §. 4. des Teſtaments des Titii beſtimmten Fideicommißgelder von 4000 Rthlr. zufrieden ſind, daß der Meuiae bey vorkommenden Umſtänden, ob ſie gleich noch nicht das 21. Jahr zurückgeleget, das unumſchränkte Eigenthum der väterlichen Erbſchaft zugeſtanden, und die fideicommiſſariſche Subſtitution für erloſchen gehalten werde; wünſchen dieſe zu ihrer eigenen Sicherheit, damit ſie künftig keiner Verantwortung ausgeſetzt ſeyn mögen, über nachfolgende Fragen rechtlich belehret zu ſeyn:

Erſte Frage:

Ob die im §. 4. des ſub lit A. beygelegten Teſtaments des Titii enthaltene fideicommiſſariſche Subſtitution der Lutheriſchen Kirche in Anſehung der ihr eventualiter nachgelaſſenen 4000 Rthlr. dadurch, daß Meuia ſich verheirathet und einen Sohn erzeugt, für aufgehoben zu halten, und der Kirche daran keine weitere Anſprüche zuſtehen?

Zweyte Frage:

Oder ob die gedachte fideicommiſſariſche Diſpoſition ſo lange, bis Meuia das 21. Jahr zurückgeleget, bey Kräften bleibe, und die Lutheriſche Kirche, wenn Meuia vorher mit oder ohne Hinterlaſſung von Leibeserben verſterben ſollte, das ihr beſchiedene Fideicommiß von 4000 Rthlr. ganz oder zu Theil, und zu welchem Theil alsdenn zu fordern für befugt zu halten? 3

Dritte Frage:

Ob alſo die Kirchenvorſteher dem Verlangen der Meuiae gemäß ſich von dem Fideicommiſſe losſagen und ihr das uneingeſchränkte Eigenthum der väterlichen Erbſchaft zugeſtehen, und ſolches ohne Verantwortung zu befürchten thun können? 4

Ob nun wohl behauptet werden möchte, daß die Bedingung, unter welcher der teſtator Titius ſeiner Tochter Meuiae ein fideicommiſſum vniuerſale auferleget, dadurch, daß ſie in ihrer jeßt noch daurenden Minderjährigkeit ſich verheyrathet, und bereits einen Sohn erzeuget, noch zur Zeit für weggefallen und daher das Fideicommiß für bereits erloſchen nicht zu achten;

in Betracht daß 1) die fideicommiſſariſche Diſpoſition des teſtatoris ſo erkläret werden möchte, daß ſelbige von der einzigen Bedingung, wenn Meuia in der Minderjährigkeit mit Tode abgehen ſollte, abhangen, und alſo nur in dem einzigen Fall, wenn Meuia die Volljährigkeit erreichen ſollte, wegfallen ſoll, indem, wenn gleich der teſtator im §. 4. des Teſtaments zu der angeführten Bedingung, wenn ſie in der Minderjährigkeit mit Tode abgehen ſollte, noch die Worte: oder ſich nicht verheirathen und dadurch Kinder erzeugen würde, hinzugeſeßt,

dennoch a) der teſtator nicht nur in der weiteren Erklärung dieſes fideicommiſſi im §. 4. des Teſtaments blos von dem auf **den Fall** geſeßten Ableben der Tochter, ſondern auch im §. 8. des Teſtaments von dem auf **den Fall** ſtehenden Theil der Kirche, mithin blos von einem einzigen Fall des Abſterbens der Tochter redet, wodurch ſeiner Intention nach das Fideicommiß begründet werden ſoll,

dieſer einzige Fall aber b) natürlich von dem zuerſt geſetzten Fall des Ablebens der Tochter in der Minderjährigkeit zu verſtehen,

daher c) nach dieſer Abſicht des teſtatoris die hinzugeſetzten Worte: oder ſich nicht verheyrathen und dadurch Kinder erzeugen würde, für einen überflüſſigen und nichts bedeutenden Zuſatz zu halten,

mithin d) wenn Mevia vor erlangter Volljährigkeit mit Tode abgehen ſollte, das fideicommiſſum conditionatum nicht nur wenn ſie ohne Kinder nachzulaſſen verſterben ſollte, ſondern auch wenn ſie etwa Kinder nachlaſſen möchte, völlig ſelbſt in Anſehung des ihr gebührenden
5 Pflichttheils für purificiret zu achten, inmaaßen, wenn gleich ſonſten den Rechten nach ein allgemeines Fideicommiß auf die legitimam nicht zu extendiren,

L. 36. §. 1. *C. de inoff. teſt.*

6 auch ein Kind auſſer dem Pflichttheil noch die quartam Trebellianicam von der Subſtanz der Güter abzuziehen befugt ſeyn ſoll,

c. 16. *c.* 18. *X. de teſtament.*

LEYSER *ſpec.* 405. *med.* 2. 3.

dennoch ſolches im gegenwärtigen Fall ceſſiren würde, da der teſtator dadurch, daß er einestheils das Fideicommiß auf ſeine ſämmtliche Verlaſſenſchaft, wie ſie auch immer Namen haben möchte, und davon nichts ausgenommen, geleget, anderntheils ſeine Tochter wenn ſie ſeinem letzten Willen nicht aufs genaueſte nachleben ſollte, blos in der Hälfte der Erbſchaft, nämlich in der legitima und quarta Trebellianica eingeſetzt, und das übrige den fideicommiſſariis als directis heredibus nachgelaſſen, zureichend declariret, daß von dieſem Fideicommiß ſo
7 wenig eine legitima als eine quarta Trebellianica abgezogen werden ſolle, und dieſe ſeine Verordnung durch die hinzugefügte cautelam Socini unumſtößlich befeſtiget;

STRYCK *caut. teſtam. cap.* 17. *membr.* 3. §. 15. *ſeqq.*

Allenfalls aber 2) wenn auch die Worte des teſtatoris: oder ſich nicht verheyraten und dadurch Kinder erzeugen würde, eine zweyte wirkliche Bedingung des fideicommiſſi auſſer der vorher geſetzten Minderjährigkeit ausdrücken möchten, dennoch dieſe Worte nicht von einer bloßen Erzeugung ehelicher Kinder, ſondern cum effectu von einer wirklichen Hinter-

Hinterlaſſung der erzeugten Kinder bey einem während der Minder-
jährigkeit der Maeuiae etwa erfolgten Ableben zu verſtehen,

indem a) ein den Kindern auferlegtes Fideicommiß, welches nach 8
ihrem Tode reſtituiret werden ſoll, den Rechten nach dieſe ſtillſchwei-
gende Bedingung in ſich enthält, wenn ſie ohne eheliche Kinder nachzu-
laſſen verſterben ſollten,

L. 102. D. de condit. et dem.

L. 30. C. de fideicommiſſ.

daher b) die vom teſtatore angegebene Bedingung, wenn Meuia ſich
nicht verheyrathen und dadurch Kinder erzeugen ſollte, ſeiner vermuth-
lichen Abſicht nach auf eine ähnliche Weiſe von einer Hinterlaſſung
ehelicher Kinder um ſo mehr zu erklären, je mehr zu vermuthen, daß
er bey dem in der Minderjährigkeit etwa erfolgten Abſterben ſeiner Toch-
ter zwar ſeine alsdenn vorhandene Enkel nicht von ſeinen Gütern aus-
ſchlieſſen, allein auch der Tochter, wenn dieſe Enkel vorweg geſtorben
ſeyn ſollten, nicht wegen deren bloßer Erzeugung das Recht, die
Güter den Anverwandten zu entziehen und Fremden zuzuwenden, er-
theilen wollen,

zumalen c) bekannten Rechtens iſt, quod in conditionibus primum 9
locum voluntas defuncti obtineat, eaque conditiones regat,

L. 19. pr. D. de condit. et demonſtr.

et quod in conditionibus teſtamentorum voluntatem potius quam verba
conſiderari oporteat;

L. 101. pr. D. eodem

Dennoch aber und dieweil 1) aus dem Inhalt des in Frage ſtehen- 10
den Teſtaments deutlich erhellet, daß der teſtator Titius ſeine Tochter
Meuiam mit einem allgemeinen Fideicommiß nur in dem Fall beſchwe-
ren wollen, wenn ihr Ableben in der Minderjährigkeit erfolgen, und
ſie bey dieſem in ihrer Minderjährigkeit erfolgten Ableben ſich nicht
verheyrathet und dadurch Kinder erzeugt haben ſollte, einfolglich nach
der Intention des teſtatoris das Fideicommiß nur in einem einzigen,
allein durch zwey angegebene Beſtimmungen eingeſchränkten Fall des
Ablebens der Tochter, nämlich wenn ſolches nicht nur während deren

Minderjährigkeit, ſondern auch ohne in der Minderjährigkeit eheliche Kinder erzeugt zu haben, erfolgen würde, ſtatt finden ſollen;

anerwogen a) der teſtator im §. 4. des Teſtaments die Tochter zur Erbin ausdrücklich mit dem Beding eingeſezet, daß, wenn ſie in der Minderjährigkeit mit Tode abgehen ſollte, oder ſich nicht verheyrathen und dadurch Kinder erzeugen würde, ſie die Erbſchaft blos als ein Fideicommiß beſitzen ſollte,

mithin b) den Fall des Ablebens der Tochter, auf welchen das Fideicommiß ſtatt finden ſollen, ausdrücklich durch zwey verſchiedene Beſtimmungen dieſes Ablebens angegeben, daß nämlich dieſes Ableben in ihrer Minderjährigkeit, und ohne eheliche Kinder erzeugt zu haben, erfolgen ſolle,

daneben c) die zweite Beſtimmung dieſes Ablebens, nämlich ohne eheliche Kinder erzeugt zu haben, als eine weitere Einſchränkung der erſten Beſtimmung, nämlich der Minderjährigkeit, anzuſehen, und auf den zuerſt geſezten Fall, wenn ſie minderjährig ſterben ſollte, nothwendig eingeſchränkt werden muß, indem, wenn dieſe zweyte Beſtimmung nicht für ganz unbedeutend und vergeblich gehalten werden ſoll, welches doch in einem Teſtament niemals, am wenigſten aber bey angegebenen Bedingungen, vermuthet werden mag,

L. 109. pr. D. de legat. 1.

Mantica de conieſt. vlt. volunt. Lib. 3. tit. 6. n. 1. ſqq.

ſelbige entweder auf ein jedes Ableben der Tochter, es mag ſolches in der Minderjährigkeit oder in der Volljährigkeit erfolgen, zu erſtrecken, oder blos auf ein erfolgtes Ableben in der Volljährigkeit einzuſchränken, und im erſteren Fall die vom teſtatore zuerſt geſezte Beſtimmung des Ablebens in der Minderjährigkeit ganz unbedeutend und unnüz ſeyn würde, im zweyten Fall aber behauptet werden müßte, daß der teſtator die unglaubliche Abſicht gehabt, ſeine Tochter durch Erzeugung ehelicher Kinder von dem ihr auferlegten Fideicommiß blos in der Volljährigkeit und nicht auch in der Minderjährigkeit zu befreyen;

Auch d) dieſer natürlichen Erklärung der vom teſtatore angegebenen Bedingung des fideicommiſſi gar nicht widerſtreitet, daß der teſtator in der Folge des Teſtaments blos von einem Fall des nachgelaſſenen fidei-

fideicommiſſi im ſingulari redet, inmaaßen, wenn gleich zur Purifica= 11
tion des fideicommiſſi die Exſiſtenz zweyer Bedingungen, nämlich daß
die Tochter nicht nur minderjährig, ſondern auch ohne eheliche Kinder
erzeugt zu haben, verſterben ſollte, erfordert wird, dennoch die ver=
bundene Exſiſtenz dieſer beyden Bedingungen natürlich einen einzigen
Fall des einzutretenden fideicommiſſi ausmacht, und in Rechten dafür
gehalten wird,

L. 5. de condit. inſtit.

einfolglich das Fideicommiß allerdings nur in einem einzigen aber zu=
ſammengeſetzten Fall ſtatt haben; aber in zweyen beſonderen Fällen
wegfallen können;

Dannenhero 2) da durch die eingegangene Ehe der Meuiae und durch
die daraus erfolgte Erzeugung eines ehelichen Sohnes die zweyte Be=
ſtimmung des einzigen Falls, auf welchen das Fideicommiß eintreten
ſollen, und alſo eine Bedingung des fideicommiſſi bereits weggefallen,
es nunmehro auf die erſte Beſtimmung dieſes Falls oder auf die erſte
Bedingung, nämlich auf Meuiae Ableben in der Minderjährigkeit,
nicht mehr ankommen mag, ſondern das Fideicommiß, da ob deficien-
tem vnam conditionem der Fall deſſelben nicht mehr eintreten kann,
für gänzlich erloſchen zu halten;

c. L. 5. D. de condit. inſtit.

Auch 3) die Vermuthung, daß die zweyte Bedingung des fideicom-
miſſi, wenn die Tochter in der Minderjährigkeit ſich nicht verheyrathen
und dadurch Kinder erzeugen würde, nicht von einer bloßen in der Min=
derjährigkeit geſchehenen Erzeugung, ſondern vielmehr von einer in
der Minderjährigkeit erfolgten Hinterlaſſung ehelicher Kinder zu ver=
ſtehen, durch den Inhalt den Teſtaments für begründet nicht zu halten,

indem a) der teſtator die eingeſetzte Tochter ausdrücklich nur auf den 12
Fall, wenn ſie in der Minderjährigkeit, ohne aus einer Ehe Kinder
zu erzeugen, mit Tode abgehen ſollte, mit einem Fideicommiß be=
ſchweret, und auf den Fall, wenn dieſe Kinder etwa vor ihr verſterben
ſollten, daß Fideicommiß mit keinem Worte extendiret,

weswegen b) dieſes der eingeſetzten Tochter beſchwerliche Fideicom=
miß ob deficientem diſpoſitionem teſtatoris auf einen vom teſtatore

 nicht

nicht angegebenen Fall zum Nachtheil der Tochter um ſo weniger zu extendiren, je mehr Fideicommiſſe für odieuſe Diſpoſitionen gehalten werden,

CRAVETTA *conſil.* 61. *n.* 9.

die nicht extendiret werden ſollen,

c. 15. *de reg. iur. in* 6.

CRAVETTA *loc. cit.*

ſondern vielmehr ſtricte erkläret werden müſſen;

LEYSER *ſpec.* 404. *med.* 3.

auch c) die in den Zweifelsgründen dagegen angeführten Gründe das Gegentheil nicht erhärten mögen, indem quoad a) die ſtillſchweigende Bedingung, ſi ſine liberis deceſſerit, bey Fideicommiſſen, die Eltern ihren Kindern pure auferlegt haben, zwar zum Beſten der beſchwerten Kinder präſumiret wird, allein quoad b) keineswegeſ bey Fideicommiſſen, die den Kindern nicht pure, ſondern blos unter einer andern beſtimmten Bedingung auferleget worden, zum Nachtheil der Kinder von den fideicommiſſariis zu ihrem Vortheil ſuppliret werden mag, ſo wie die angeführte Vermuthung, daß der teſtator der eingeſetzten Tochter, wenn ihre Kinder in ihrer Minderjährigkeit vor ihr wegſterben ſollten, das Recht, über die väterliche Erbſchaft frey zu diſponiren, nicht habe verſtatten wollen, weder aus der Verordnung des Teſtaments, noch aus Gründen einer vom teſtatore darauf gerichteten und im Teſtament ausgedrückten Geſinnung unterſtützet wird, mithin zum Grunde der Auslegung nicht gelegt werden mag; und quoad c) die angeführten Geſetze ob non probatam contrariam voluntatem teſtatoris hier keine Anwendung haben;

13 Indeſſen 4) da es bey dem Sinn der Bedingung, wenn die Tochter ohne eheliche Kinder erzeugt zu haben, in der Minderjährigkeit mit Tode abgehen ſollte, auf eine quaeſtionem voluntatis ankömmt, die mit einer völligen Sicherheit nicht entſchieden werden mag, die Kirchenvorſteher ihrer Pflicht, der Kirche auch in dubio nicht zu präjudiciiren, gemäß handeln, und ſich auſſer aller Verantwortung ſetzen, wenn ſie auf

auf den Fall, daß Meuia in der Minderjährigkeit ohne Hinterlaſſung ehelicher Kinder verſterben ſollte, ihrer Kirche quaeuis competentia in Anſehung des ihr nachgelaſſenen fideicommiſſi conditionati reſerviren;

Als ſind wir der rechtlichen Meynung:

Daß die im §. 4. des in Frage ſtehenden Teſtaments des Titii 14
enthaltene fideicommiſſariſche Subſtitution der Lutheriſchen Kirche in Anſehung der ihr euentualiter nachgelaſſenen 4000 Rthlr. dadurch, daß Meuia ſich verheirathet und bereits einen ehelichen Sohn erzeuget, zwar für erloſchen zu halten, allein die Kirchenvorſteher dennoch Urſache haben, ihrer Kirche auf den Fall, wenn Meuia in der Minderjährigkeit ohne Hinterlaſſung ehelicher Kinder verſterben ſollte, quaeuis competentia in Anſehung dieſer 4000 Rthlr. zu reſerviren. Von Rechts wegen.

Nomine facultatis iuridicae.

CONSILIVM XLVII.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Quamuis parentes priuilegiato modo inter liberos teſtantes perſonam extraneam inutiliter admiſceant; nil tamen impedit, quo minus iure communi teſtamentum condentes perſonam extraneam iuxta cum liberis haeredem ſcribant.

II. Si in teſtamento priuilegiato parentum inter liberos perſona extranea inter haeredes comparet; non ideo totum teſtamentum corruit, ſed haec admixtio tantum pro non ſcripta habetur.

III. Si inter haeredes ab inteſtato nepotes defuncti occurrunt, quantitas legitimae non a numero perſonarum ad ſucceſſionem ab inteſtato admittendarum, ſed a numero ſtirpium ſuccedentium pendet.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio prima. n. 2.
Perſona extranea in teſtamento parentum priuilegiato non valide inſtituitur. n. 3.
Pro tali etiam in hac materia gener eſt habendus. n. 4.
In teſtamento ſollemni nil obſtat, quo minus parentes perſonam extraneam iuxta cum liberis poſſint inſtituere. n. 5.
In teſtamento priuilegiato parentum inter liberos perſonae extraneae inſtitutio non vitiat teſtamentum, ſed vitiatur; eiusque portio adcreſcit coniunctis. n. 6.
Deciſio quaeſtionis primae. n. 7.
Quaeſtio ſecunda. n. 8.
Quantitas legitimae deſcendentibus debitae ſi nepotes adſunt, ex numero ſtirpium aeſtimatur. n. 9.
Deciſio quaeſtionis ſecundae. n. 10.
Quaeſtio tertia. n. 11.
Teſtator, qui filium vel filiam in legitima debita inſtituit, ſuo iuſſu non poteſt impedire, quo minus in legitima inſtituta perſona a cohaeredibus poſitis terminis habilibus iusiurandum, quod manifeſtationis dicunt, exigat. n. 12.
Deciſio quaeſtionis tertiae. n. 13.

Als uns nachſtehende Geſchichtserzählung nebſt angehängten Rechtsfragen zugeſendet und wir darüber unſer in den Rechten gegründetes Gutachten zu ertheilen gebeten worden; demnach erachten wir nach fleißiger deren Verleſung und und collegialiter gepflogener Erwägung den Rechten gemäß zu ſeyn.

Hat die nunmehro verſtorbene Wittwe des vormaligen Vicebergmeiſters D. zu St. And. im Teſtament, welches auf ihr Anſuchen vom Berg- und Forſtamt durch den Oberförſter Sch. und den Forſtſchreiber Er. zu E., wo ſie ſich bey ihrer Tochter der Förſterin F. aufgehalten, den 5. Iun. 1771 ad Protocollum genommen worden, errichtet, worin ſie ihrer Tochter erſterer Ehe Marie Dorothee Th. verehelichte F., und deren Ehemann, den Herrſchaftl. Förſter Iohann Dietrich F., imgleichen ihrer verſtorbenen Tochter Dorotheen Marlenen Th., des vormaligen Factoreyſchreibers Br. Ehefrau, nachgelaſſene drey Kinder, Marie Dorothee Eliſabeth verwittwete H., Iohanne verehelichte G., Iohann Tobias B., und zwey Kindeskinder, Dorothee Eleonore B. und Sophie Iohanne B., zu Erben ernannt, jedoch in der Maaße; daß ihrer verſtorbenen Tochter Dorotheen Marlenen Br. Kinder und Kindeskinder blos im Pflichttheil eingeſetzt, im übrigen Vermögen aber ihre Tochter Marie Dorothee F. nebſt ihrem Ehemann, dem Förſter Iohann Dietrich F., und, wenn dieſe beyde nach ihrem Tode nicht mehr am Leben ſeyn ſollten, deren beyde Söhne, der Förſter Iohann Heinrich Engelhard F. und der Forſtaufſeher Iohann Heinrich F., zu Erben ernannt, auch dieſe inſtituirte, und ſubſtituirten Haupterben nach ihrem Ableben von einem Manifeſtationseyde befreyet ſeyn ſollten; 1

Und entſtehen daher folgende Fragen:

Erſte Frage:

Ob dieſes Teſtament, worin die teſtatrix ihre ſämmtliche Deſcendenten zu Erben ernannt, und nebſt ſolchen ihren Schwiegerſohn, den Förſter Iohannn Dietrich F., als eine perſonam extraneam zum Erben eingeſetzt, vor zu Recht beſtändig zu achten? 2

3 Ob nun wohl 1) es ſeine Richtigkeit hat, daß in einem teſtamento priuato minus ſolemni inter liberos, welches ohne Beobachtung der ſonſt vorgeſchriebenen Sollemnitäten errichtet worden, eine perſona extranea nicht kräftig eingeſeßt werden mag.

L. 21. §. 1. *C. de teſtament.*

Nov. 107. *c.* 1.

4 und 2) es auch keinem Zweifel unterworfen, daß ein Schwiegerſohn, wenn er gleich ſonſten den Rechten nach zur Familie zu rechnen,

L. ult. C. de verb. et rer. ſignific.

doch in hac materia, wo extranei den eigentlichen Deſcendenten entgegen geſeßt werden,

c. L. 21. §. 1. *C. de teſtam.*

MEVIVS *ad Ius Lubec. Part.* 2. *tit.* 1. *art.* 2. *n.* 32. *ſqq.*

als eine perſona extranea anzuſehen;

und hieraus, daß das im Frage ſtehende Teſtament, weil die teſtatrix darin auch ihren Schwiegerſohn zum Erben eingeſeßt, zu Recht nicht beſtändig, und daher die blos im Pflichtteil eingeſeßten Kinder und Kindeskinder der vorher verſtorbenen Tochter der Teſtatricin, Dorotheen Marlenen Br., die ihrer reſpectiue Mutter und Großmutter ab inteſtato gebührende Hälfte der Erbſchaft der Teſtatricin ab inteſtato zu fordern, berechtiget ſeyen, geſchloſſen werden möchte;

Dennoch aber und dieweil 1) die Verordnung der Rechte, daß Aeltern in einem Teſtament nebſt ihren Kindern eine fremde Perſon nicht kräftig einſeßen mögen, bloß auf ein teſtamentum priuatum minus ſolemne zu reſtringiren,

L. 21. *C.* 1. *de teſtam.*

Nov. 107. *c.* 1.

5 und das Recht der Aeltern, in einem teſtamento priuato ſollemni, dem ein teſtamentum publicum, mithin auch ein teſtamentum iudiciale bekannten Recht nach gleich geachtet wird,

L. 19. *de C. teſtament.*

nebſt

nebſt ihren Kindern eine fremde Perſon einzuſetzen, nicht bezweifelt werden mag,

L. 10. §. 3. *de vulgar. et pupill. ſubſt.*

Nov. 18. *c.* 1. *in fine.*

im gegenwärtigen Fall aber, das im Frage ſtehende Teſtament ohnſtreitig ein teſtamentum iudiciale nuncupatiuum iſt, worin die teſtatrix ihren Schwiegerſohn allerdings auf eine gültige Weiſe einſetzen mögen;

Ueberdem auch 2) wenn dieſe Erbeseinſetzung in einem teſtamento priuato minus ſollemni geſchehen wäre, dennoch deswegen nicht das ganze Teſtament, ſondern allein die inſtitutio perſonae extraneae vor null und nichtig gehalten werden dürfte,

L. 21. §. 1. *C. de teſtament.*

STRYK *de cautel. teſtam. cap.* 10. §. 33.

cum vtile per inutile non vitietur,

c. 37. *de reg. iur. in* 6.

und alsdann die vacante Portion des nichtiglich eingeſetzten Schwiegerſohns nach der Intention der Teſtatricin, deſſen Ehefrauen, als proxime coniunctae, nicht aber auch der bloß in legitima eingeſetzten Deſcendenten der vorher verſtorbenen Tochter, als coheredibus diſiunctis, iure accreſcendi zufallen würde,

L. 63. *D. de hered. inſtit.*

Als ſind wir der rechtlichen Meynung:

Daß das im Frage ſtehende Teſtament, ohngeachtet der in demſelben enthaltenen Einſetzung einer fremden Perſon, vor zu Recht beſtändig zu halten, und daher ſo wenig überhaupt als beſonders in Anſehung dieſer Erbeseinſetzung zu impugniren. 7

Zweyte Frage:

Wie der Pflichttheil der darin eingeſetzten Deſcendenten der vorher verſtorbenen Tochter Dorotheen Marlenen Br. im gegenwärtigen Fall zu berechnen? 8

Ob zwar bekannten Rechtens iſt, daß der den Kindern gebührende Pflichttheil, wenn deren nicht über vier vorhanden, ein Drittel, und wenn deren über vier vorhanden, die Hälfte desjenigen iſt, was ihnen ab inteſtato zugefallen ſeyn würde,

Nov. 18. *c.* 1.

und da die Teſtatricin im vorgelegten Fall nebſt einer Tochter von einer vorher verſtorbenen Tochter 3 Kinder und zwey Kindeskinder, mithin zuſammen ſechs Deſcendenten nachgelaſſen, hieraus daß der Pflichttheil der ſämmtlichen Br. Deſcendenten die Hälfte von der ihrer reſpectiue Mutter und Großmutter ab inteſtato gebührenden Hälfte der Verlaſſenſchaft, nämlich ein Viertheil der ganzen Erbſchaft, mithin der Pflichttheil der beyden B. Kinder wegen ihrer verſtorbenen Mutter wenigſtens ein Viertheil von dieſem Viertheil, und alſo ein Sechzehntheil der ganzen Erbſchaft betrage, geſchloſſen werden möchte;

9 Dieweil aber dennoch die Regel, daß der Pflichttheil der Kinder, wenn deren über vier vorhanden, die Hälfte desjenigen, was ihnen ab inteſtato zugefallen ſeyn würde, betrage, auf den Fall einzuſchränken, wenn dieſe Kinder ſämmtlich Kinder vom erſten Grad ſind, die ab inteſtato in capita ſuccediren,

cit. Nov. 18. *c.* 1.

und Kinder von weitern Grade, deren Aeltern vorweg geſtorben, iure transmiſſionis nur dasjenige ab inteſtato erhalten mögen, was ihren Aeltern würde zugefallen ſeyn, mithin in ſtirpes ſuccediren

§. 6. *I. de heredit. quae ab inteſt.*

Nov. 118. *c.* 1.

einfolglich auch nur den ihren verſtorbenen Aeltern gebührenden Pflichttheil zu fordern haben,

MERLIN *de legitima Lib.* 1. *tit.* 2. *quaeſt.* 10. *n.* 9.

CARPZOV *Part.* 3. *conſt.* 12. *def.* 11. *n.* 5.

STRYK *de caut. teſtam. cap.* 17. *membr.* 1. §. 22.

VOET *ad* DIG. *Tit. de inoff. teſt.* §. 48.

im gegenwärtigen Fall aber der Pflichttheil der reſpectiue Mutter und Großmutter der Br. Deſcendenten, da nur eine Schweſter derſelben, die

För-

Förſterin F., vorhanden, ein Drittel von der Hälfte der Erbſchaft, nämlich ein Sechstel, iſt, einfolglich der Pflichttheil der ſämmtlichen B. Deſcendenten auch nur ein Sechstel der Erbſchaft ſeyn mag, mithin der Pflichttheil der B. Kinder, von deren Mutter noch drey Geſchwiſter vorhanden, nur ein Viertheil dieſes Sechstels, nämlich ein vier und zwanzig Theilchen, ſeyn kann;

Als halten wir in Rechten dafür:

Daß der Pflichttheil der ſämmlichen Br. Deſcendenten ein Sechstel 10
der Erbſchaft, mithin der Pflichttheil der Kinder ein vier und zwanzig Theilchen ſey.

Dritte Frage:

Ob die Verordnung der Teſtatricin, daß die eingeſetzten F. Er= 11
ben, auf Verlangen der in legitima eingeſetzten Br. Deſcendenten einen Manifeſtationseid abzulegen nicht ſchuldig ſeyn ſollen, vor zu Recht beſtändig zu halten?

Obgleich 1) ſonſt die Erben den Willen ihres Erblaſſers als ein Geſetz anzuſehen haben,

L. 120. D. de verb. ſignif.

und 2) beſonders Kinder dem Willen ihrer Aeltern um ſo mehr zu folgen verbunden ſind, je mehr die Aeltern die rechtliche Vermuthung, daß ſie das Beſte ihrer Kinder intendiren, vor ſich haben,

L. ſ. pr. C. de curat. furioſ.

auch 3) die Geſetze auf den Fall, wenn Kinder ſich bey einer dem Teſtament beygelegten eidlichen Specification des Vermögens der Aeltern nicht beruhigen wollen, die Strafe des Verluſtes der ganzen Erbſchaft geſetzet haben;

und hieraus, daß das in dem in Frage ſtehenden Teſtament enthaltene Verbot eines Manifeſtationseides zu Recht beſtändig, gefolgert werden möchte;

Dennoch aber und dieweil 1) der Pflichttheil der Kinder ein Theil 12
der Erbſchaft iſt, ſo ihnen nicht aus freyem Willen der Aeltern, ſondern aus einer geſetzlichen Nothwendigkeit in der Maaße gebühret, daß alle im Teſtament enthaltene Verfügungen, die auf irgend eine Weiſe

zum Nachtheil des Pflichttheils gereichen möchten, als null und nichtig anzuſehen ſind,

L. 32. C. de inoff. teſtam.

und 2) das Verbot eines zum Behuf der Beſtimmung der wahren Stärke der Verlaſſenſchaft, wovon die Stärke des Pflichttheils dependiret, abzulegenden Manifeſtationseides ohnſtreitig zum Nachtheil des Pflichttheils gereichet, und daher in Anſehung derjenigen, die blos im Pflichttheil eingeſetzt worden, vor unkräftig und nichtig zu halten,

LEYSER *ſpec. 92. med. 3.*

ferner 3) Kinder in Anſehung des Pflichttheils als creditores ihrer Aeltern anzuſehen,

Nov. 18. pr. c. 3.
GAIL. *Lib. 2. obſ.* 119. *n.* 2.
FINKELTAVSS. *obſ.* 76. *n.* 26

mithin ihnen ſo wenig, als den creditoribus

L. fin. §. 10. C. de iure delib.

vom Erben einen Manifeſtationseid zu verlangen, verboten werden mag;

auch 4) der im Teſtament enthaltene Befehl der Aeltern in Anſehung des Pflichttheils in keine Betrachtung kommen mag, indem einestheils ein Teſtirer im Teſtament nichts, was den Geſetzen widerſtreitet, befehlen mag,

L. 55. L. 112. §. 3. D. de legat. 1.

anderntheils ein Teſtirer nicht weiter, als ſo fern er jemanden aus freyen Willen bedacht hat, zu befehlen die Befugniß hat,

L. 1. §. 6. D. de legat. 3.
L. 9. C. de fideicomm.

Als gehet unſere rechtliche Meynung dahin:

13 Daß die Verordnung der Teſtatricin, daß die eingeſetzten F. Erben auf Verlangen der in Pflichttheil eingeſetzten Br. Deſcendenten einen Manifeſtationseid abzulegen nicht ſchuldig ſeyn ſollen, vor zu Recht beſtändig nicht zu halten.

Alles von Rechts wegen.

DECISIO XLVIII.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. De cenſu immigrationis et vicinitatis (Einzugs oder Nachbargeld) in Ducatu Gothano eo ſolum caſu fundato, quo per conſuetudinem et obſeruantiam paret introductus.

II. Ciuitatibus non eadem iura competunt ratione praeſtationum ipſis debitarum, quae principi competunt ratione tributorum ipſi praeſtandorum.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Rationes, quae videntur inſinuare cenſum immigrationis in Ducatu Gothano eſſe onus ordinarium, pro quo in dubio ſit pronunciandum, n. 2.

In ſpecie mandatum d. d. 5. Aug. 1730. n. 3.

Et Reſcriptum illuſtriſſimi Regiminis in praeſente cauſſa d. d. 16. Nov. 1776. n. 4.

Non vſus vim legis non tollit. n. 5.

Tributis praeteritis quadragenaria futuris demum immemorialis praeſcriptio obſtat. n. 6.

Ex conſtitutionum Gothanarum P. II. Cap. 2. tit. 1. pag. 123. ſatis manifeſtum eſſe docetur, cenſum immigrationis et vicinitatis eſſe onus extraordinarium, exigendum ſaltim, vbi conſuetudine et obſeruantia ſuſtentatur. n. 7.

In dato caſu non tantum non ſolutus eſt dictus cenſus, ſed eiusdem exactioni anno 1693 contradictum adquieſcentibus illis, qui dicto anno eum exegerunt. n. 8.

Reſutatio argumentorum in contrarium adductorum. n. 9.

Falſum eſt vniuerſali Germaniae conſuetudine hunc cenſum deberi. n. 10.

Reſutatio argumenti ducti ex mandato de d. 5. Aug. 1730. n. 11.

Reſutatio argumenti ex Reſcripto d. d. 16. Nov. 1776. deſumti. n. 12.

Argumenta, ex quibus in dato caſu libertas a cenſu dicto, etiamſi ex regula deberetur, actoribus vi praeſcriptionis competeret, indicantur. n. 13.

Ius exigendi talem cenſum non ad res merae facultatis eſt referendum. n. 14.

Ciuitas ratione praeſcriptionis contra illam principi eiusque fiſco competentia priuilegia minus recte ſibi vult tribuenda. n. 15.

Auf Leuterungsſchrift und erfolgte Geſätze des Stadtraths zu G. Beklagten an einem, der K. Ländereybeſitzer zu F. Iohann Martin Sch. und fol. 20. Vol. 1. benannten Conſorten Kläger am anderen Theile, ſo uns in den deshalb und vorhin ergangenen Acten in fünf voluminibus nebſt den Beylagen zur Abfaſſung eines rechtsgegründeten Ausſpruchs zugefertiget worden, erkennen wir nach fleiſſiger deren Verleſung und collegialiter gepflogener Erwegung für Recht:

1 Daß es der eingewandten Leuterung ohngeachtet bey dem am 3. Febr. 1781 eröffneten fol. 97. Vol. IV. befindlichen Urtheil billig verbleibet, die beyderſeits aufgewandten Unkoſten hingegen aus bewegenden Urſachen gegen einander aufzuheben. Von Rechts wegen.

Entſcheidungsgründe.

Obwohl Beklagte zur Begründung ihrer Leuterungsbeſchwerden, "daß „nämlich vermöge des am 3. Febr. 1781 eröffneten

fol. 97. *Vol. IV. actor.*

„befindlichen Urtheils Kläger dasjenige, was ihnen zu erweiſen obge„legen, zur Nothdurft dargethan, derowegen, wenn ſie über die ge„genwärtig beſeſſene oder künftig von ihren Anverwandten in aufſtei„gender Linie ihnen anfallende Grundſtücke in K. Fluhr deren mehrere „von ihren Miterben oder Anderen an ſich bringen, mit Entrichtung „eines Nachbar= oder Einzugsgeldes zu verſchonen, und die auf dieſen „Proceß verwandten Koſten gegen einander aufzuheben," anführen,

wasmaaßen 1) der Satz der vorigen Urtheilsfaſſer, daß das Nachbargeld nach den Sinn der Landesordnung

Part. 2. *cap.* 2. *Tit.* 1. *pag.* 123.

nur an den Orten, wo es Herkommens ſey, gefordert werden möchte, und Kläger mit neuen Abgaben nicht beſchweret werden dürften, ganz unrichtig ſey,

2 indem a) nach der Verfaſſung der Hochfürſtlichen Lande und nach einer in ganz Teutſchland üblichen Einrichtung ein jeder, der Mitbürger oder auch nur Einwohner eines Orts werden will, für ſeine Aufnahme etwas gewiſſes erlegen müſſe,

auch

auch b) der ganze paſſus der angeführten Landesordnung deutlich zeige, daß ein jeder neuer Unterthan für ſeine Reception etwas gewiſſes entrichten ſolle,

und c) was in dieſer Stelle vom Herkommen geſagt worden, nach der damaligen Verfaſſung, da ein gewiſſes quantum noch nicht durchgehends beſtimmt geweſen, blos von dem hergebrachten quanto zu verſtehen,

mithin d) die Worte: daß die recipirenden Fremde neuerlich nicht beſchwert werden ſollten, keinesweges dahin ausgelegt werden möchten, daß ſie gar kein Nachbargeld erlegen ſollten;

Daneben 2) wenn auch nach dem Sinn der angeführten Landesordnung ein Nachbargeld ſowohl ratione quaeſtionis an, als ratione quaeſtionis quantum blos nach einem Herkommen gefordert werden dürfte, dennoch dieſes Geſetz durch das Mandat vom 5. Aug. 1730, welches 3
ſimpliciter ein Nachbargeld von 5 Mfl. eingeführet und vorgeſchrieben, als per legem generalem poſteriorem in beyden Puncten für aufgehoben zu halten, und was Kläger gegen die allgemeine geſetzliche Kraft dieſes Mandats erinnert, keine Aufmerkſamkeit verdienen möchte,

indem a) dieſes Mandat in der durch den öffentlichen Druck bekannt gemachten Sammlung der Landesordnungen, nämlich unter den ferneren Beyfügungen

cap. 3. *Nr.* 4. *pag.* 546. *ſq.*

enthalten,

auch b) der Umſtand, daß dieſes Mandat auf eine vom Amt G. geſchehene Anfrage erlaſſen worden, und daher auch nur der im Amt G. befindlichen Dorfſchaften darinn Erwähnung geſchehen, nichts zur Sache thun möchte da auch auf Vorſtellung einer einzelnen Perſon ein allgemeines Geſetz gar wohl erfolgen könne,

L 3. *C. de legib. et conſtit. Princ.*

und das Amt G. in dieſer Verordnung ratione quanti nur zum Beyſpiel angeführet worden,

und c) aller Zweifel wegen des Inhalts und der Allgemeinheit dieſes 4
Mandats durch eine zweyfache interpretationem authenticam legislatoris, welche bekannten Rechten nach vim legis habe

L. II.

L. 11., *L.* 12. *C. de legib. et conſt. Princ.*

für gehoben zu achten, nachdem Hochfürſtliche Regierung nicht nur in dem an Beklagte erlaſſenen

fol. 51. *Vol.* 1. *actor.*

befindlichen Reſcript vom 16. Nouemb. 1776, worinn dem Beklagten die Erhebung des im Streit befangenen Nachbargeldes von Klägern, als eine in den Landesgeſetzen vergönnte Erhebung nachgelaſſen worden, ſondern auch in den,

fol. 126. *Vol. III. actor.*

befindlichen Entſcheidungsgründen des Regirungsbeſcheides vom 16. Febr. 1780 dieſes Mandat für ein allgemeines Landesgeſetz erkläret, und gegen dieſe von einem collegio Principis perſonam ſuſtinente geſchehene interpretationem authenticam et legis declaratiuam eine interpretatio doctrinalis ICtorum nicht in Betrachtung kommen möchte;

Weniger nicht 3) Kläger ihre vorgegebene Freyheit von dem künftig in vorkommenden Fällen zu erlegenden Einzugsgelde durch eine Präſcription nicht begründen möchten,

in Betracht daß a) die im 1693 und folgenden Jahren geſchehene Anforderung nur die damaligen Beſitzer der Grundſtücke zu K. angegangen, aus deren Widerſpruch Klägern kein Recht und keine Befreyung erwachſen könne,

auch b) Kläger vermöge des

fol. 23. *Vol. III. actor.*

beygebrachten Extracts ihre Grundſtücke erſt ſeit dem Jahr 1770 beſitzen,

5 ferner c) die ſeit dem Mandat vom 5. Auguſt 1730 bisher unterlaſſene Hebung des beſtimmten Nachbargeldes als ein bloßer non vſus, der nie contradicto iudicio beſtätiget worden, das Geſetz nicht aufheben,

LEYSER *ſpec.* 9. *med.* 10.

und den Beklagten ihr Recht, welches pro re merae facultatis zu halten, nicht entziehen mögen,

6 zumalen d) nach bekannten Rechten gegen rückſtändige öffentliche Abgaben nur eine praeſcriptio quadragenaria, und zum Behuf einer gänz-

gänzlichen Freyheit nur eine praeſcriptio immemorialis vorgeſchützt werden möchte;

L. 6. C. de praeſcript. 30. ann.

Ueberdem 4) die im mehrgedachten Reſcript vom 16. Nouemb. 1776 auctoriſirte Verfügung wegen des Einzugsgeldes Klägern in der That nicht präjudicire, da es nicht von ihnen in Anſehung ihrer jezt im Beſitz habenden Grundſtücke, ſondern blos in den Fällen, wenn ſie neuerlich acquiſitiones machen wollen, gefordert werde, und ihr Widerſpruch um ſo weniger einige Rückſicht verdiene, da ſie nur als ſinguli und nicht in Namen der Gemeinde agirten, einfolglich de iure tertii ſtritten;

Auch 5) einem Landesherrn ohnſtreitig die Gewalt, zum Beſten einer Commun öffentliche Abgaben zu verwilligen, zuſtehe, mithin Kläger der zum Beſten des Stadtaerarii geſchehenen gnädigſten Verwilligung des Einzugsgeldes ſich keinesweges widerſezen möchten, ſondern ſolche als ein dem Stadtrath ertheiltes priuilegium anſehen müßten;

Wannenhero, als ob anders, als geſchehen, zu erkennen geweſen, es das Anſehen gewinnen möchte;

Dennoch aber und dieweil die von Beklagten angeführten Leuterungsbeſchwerden für erheblich nicht zu halten, und Kläger ihr behauptetes Recht der Freyheit von dem bey künftigen Acquiſitionen in der K. Flur zu erlegenden Einzugs- oder Nachbargelde nach Hochfürſtlichen Landesgeſezen allerdings zur Nothdurft dargethan,

anerwogen 1) dieſe Freyheit durch die aus der Landesordnung

Part. 2. cap. 2. tit. 1. pag. 123.

angeführte Stelle ſattſam begründet wird,

immaaßen a) nach deren deutlichen Inhalt ſelbſt ein Fremder, der in Herzoglich G. Landen zum Bürger oder Unterthan angenommen werden will, nur **was ſich für die Aufnehmung deſſelben Orts, dahin er ſich begiebet, dem Herkommen nach gebühret, erlegen, und dabey neuerlich nicht beſchwert werden ſoll,** einfolglich kein Einzugs- oder Nachbargeld, ſo nicht auf ein wirkliches Herkommen des beſtimmten Orts gegründet, für zuläſſig zu halten,

8 daneben b) ein Einzugs- oder Nachbargeld in der in Frage ſtehenden K. Flur bey irgend einer Acquiſition von Grundſtücken von Beklagten nicht allein geſtändigermaaßen nicht hergebracht, ſondern ſogar im 1693 und folgenden Jahren, da der Beklagten Vorfahren von der Kläger Vorfahren ſolches neuerlich zu fordern geſucht, ausdrücklich verſaget worden, auch der Beklagten Vorfahren bey dieſem Widerſpruch acquieſciret,

weniger nicht c) der deutliche Inhalt dieſes Geſetzes nicht blos von einem quanto des zu erlegenden Einzugsgeldes, ſondern vom Einzugsgelde überhaupt, ob ſolches zu entrichten, um ſo mehr natürlich zu verſtehen, je weniger in dieſem Geſetz ein Wort enthalten, woraus, daß in Herzoglich G. Landen durchgehends und ſimpliciter ein Nachbargeld zu zahlen, geſchloſſen werden möchte, und je natürlicher die allgemeinen Worte: **was ſich für die Aufnehmung deſſelben Orts, dahin er ſich begiebet, dem Herkommen nach gebühret**, von der Erlegung eines ſolchen Geldes ſowohl ratione quaeſtionis: an, als ratione quaeſtionis: quantum, zu verſtehen ſind,

9 und d) was Beklagte dagegen zur Begründung ihrer Meinung, daß nach dieſem Geſetz ein Einzugsgeld überhaupt durchgehends ſtatt habe, und das Herkommen blos von deſſen quanto zu verſtehen, angeführet, auf rechtlichem Beſtande nicht beruhet,

10 angeſehen quoad a) was ſie in Anſehung des Einzugsgeldes von einer in ganz Teutſchland üblichen Einrichtung und beſonders von der Verfaſſung der Herzoglich G. Lande vorgeſchützet, nicht nur überhaupt auf ein ungegründetes nicht bewieſenes Vorgeben beruhet, ſondern auch beſonders in Anſehung der Herzoglich G. Lande dadurch zureichend widerleget worden, daß nach den Auſſagen der von Klägern producirten Beweiszeugen noch bis jetzt in verſchiedenen Ortſchaften der Herzoglich G. Lande, als zu S.

Teſt. probat. 8. *et.* 9. *ad art. probat.* 44. 45.

zu B.

Teſt. probat. 10. *et* 11. *ad art. probat.* 49. 50.

zu E.

Teſt.

Teſt. probat. 12. 13. *et* 14. *ad art. probat.* 51. 52. 54.

zu N.

Teſt. probat. 12. 13. *et* 14. *ad art. probat.* 58.

und ſogar in der G. Stadtflur

Teſt. probat. 8. *ad art. prob.* 55. 56.

bey einer Acquiſition von Grundſtücken ein Einzugsgeld nicht hergebracht und üblich iſt, und was Beklagte dagegen von einer re merae facultatis, der die Nachläſſigkeit derer, die das Einzugsgeld einfordern ſollten, nicht ſchaden möchte, anführen, eine petitionem principii involviret, welche die Wahrheit dieſer bewieſenen Obſervanz nicht entkräften mag,

und quoad b) c) und d) das Gegentheil aus den klaren Worten des Geſetzes vermöge desjenigen, was ad c) bemerkt worden, zureichend erhellet;

Hiernächſt 2) dieſe den Klägern vermöge des angeführten Geſetzes zuſtehende natürliche Freyheit von der Erlegung eines nicht hergebrachten Einzugsgeldes durch das von Beklagten angeführte Herzogliche Mandat vom 5. Auguſt 1730 keinesweges für aufgehoben zu halten, II

angeſehen a) dieſes Mandat, da es in den durch den Druck publicirten ferneren Beyfügen zur Landesordnung

cap. 4. *Nr.* 3. *pag.* 546.

enthalten, zwar als eine Herzogliche geſetzliche Verordnung, aber nach deſſen deutlichem Inhalt nicht als ein allgemeines im ganzen Lande zu beobachtendes Geſetz, ſondern als ein blos das Herzogliche Amt G., und die darinn zu Herzoglicher Cammer gehörigen Dorfſchaften angehende Cammerverordnung anzuſehen, indem es nicht nur im dritten Capitel von Cammerſachen enthalten, und auf eine vom Amt G. geſchehene Anfrage erlaſſen, ſondern auch blos an das Amt G. zur Befolgung gerichtet, und nur von den im Amte G. befindlichen zur Cammer gehörigen Dorfſchaften abgefaßt worden, und dadurch das Vorgeben der Beklagten, daß der Landesherr in dieſem Mandat auf Vorſtellung einer einzelnen Perſon ein allgemeines Landesgeſetz machen, und das Amt G. in dieſer Verordnung ratione quanti nur zum Beyſpiel anführen wollen, zureichend widerleget wird,

überdem b) dieſes Mandat, wenn es auch für ein allgemeines Landesgeſetz gehalten werden möchte, dennoch mit keinem Worte verordnet, daß mit Aufhebung der angeführten älteren Landesordnung ein Einzugsgeld auch an Orten, wo es gar nicht hergebracht, forthin zu entrichten, vielmehr das Gegentheil daraus ſattſam erhellet, daß das auf 5 Mfl. geſetzte quantum **zur Beybehaltung des im Amte** *G.* **hergebrachten und in verſchiedenen Dorfſchaften ſehr differirenden Einzugsgeldes** beſtimmt worden, mithin dem ältern Landesgeſetze, nach welchem die quaeſtio: an beym Einzugsgelde vom Herkommen dependiren ſoll, hierinn auf keine Weiſe derogirt ſeyn würde,

12 und c) was Beklagte zur Begründung ihrer Erklärung dieſes Mandats von einer zweyfachen in dem

fol. 51. *Vol. I. actor.*

befindlichen Reſcript vom 16. Nouemb. 1776 und in den

fol. 126. *Vol. III. actor.*

befindlichen Entſcheidungsgründen des Regierungsbeſcheides vom 16. Febr. 1780 enthaltenen interpretatione authentica et legis declaratiua anführen, der alle weitere interpretatio doctrinalis weichen müſſe, ungegründet iſt, und den verhandelten Acten widerſpricht, indem, was erſtlich das Reſcript vom 16. Nouemb. 1776 anbetrifft, einestheils ſolches natürlich als ein referens aus dem den Acten beygelegten unterthänigſten Inſeratbericht der Beklagten vom 12. Nouemb. 1776 als aus ſeinem relato zu erklären, und da Beklagte in ihrem Inſeratbericht keine interpretationem authenticam des angeführten Mandats als eines legis dubiae geſucht, dabey nicht einmal eine Geſinnung Hochfürſtlicher Regierung, durch dieſes Reſcript eine nicht gebetene interpretationem authenticam zu ertheilen, ſich veroffenbaret, anderntheils Klägern auf ihre unterthänigſte Vorſtellung gegen ſolches Reſcript ihre behauptete Freyheit durch den Weg Rechtens gegen Beklagte auszuführen billig verſtattet worden,

fol. 36. *Vol. act. ſub* Δ.

welches, wenn Hochfürſtliche Regierung dieſes Reſcript als eine interpretationem legis authenticam et declaratiuam angeſehen hätte, contra legem declaratam auf keine Weiſe zugelaſſen werden mögen, und was die

die

die Entſcheidungsgründe des Regierungsbeſcheides anlanget, Hochfürſtliche Regierung dieſen Beſcheid nebſt beygefügten Gründen ohnſtreitig nicht vi poteſtatis legiſlatoriae, ſondern vi poteſtatis iudiciariae abgefaßt, mithin in ſelbigem keine interpretationem authenticam, ſondern nur doctrinalem zu verrichten die Abſicht gehabt, und dieſe Abſicht dadurch Selbſt unwiderſprechlich declariret, daß Sie gegen dieſen Beſcheid und deſſen Gründe das von Klägern eingewandte Rechtsmittel zugelaſſen, welches poſita interpretatione legis authentica auf keine Weiſe ſtatt haben mögen;

Weniger nicht 3) das von Beklagten extrahirte Reſcript vom 16. Nouemb. 1776 der bewieſenen Freyheit der Kläger nicht entgegen ſtehet,

in Betracht, daß a) Beklagte dieſes Reſcript vermöge des Inhalts ihres angeführten unterthänigſten Inſeratberichts ſub- et obreptitie impetriret, da ſie zur Begründung ihres Geſuchs um gnädigſte Bewilligung eines zum Behuf ihres aerarii von den Klägern in künftigen Fällen zu fordernden Einzugsgeldes einestheils den wichtigen Umſtand, daß dergleichen Einzugsgeld in der K. Flur bisher gar nicht hergebracht, verſchwiegen, anderntheils einen unrichtigen Grund, daß es unzweifelhaft ſey, daß ſich das Nachbarrecht Herzoglich G. Lande auf höchſte Verordnung gründe, und in den ferneren Beyfügen zur Herzoglichen Landesordnung cap. 3. pag. 547., zu 5 Mfl. allſchon beſtimmt ſey, angeführet,

und b) auf dieſe Vorſtellung der Beklagten Hochfürſtliche Regierung in dem mehrgedachten Reſcript ihnen blos die Ausübung eines unrichtig vorgegebenen Rechts zu verſtatten, keinesweges aber Kläger gegen ihr Recht der Freyheit mit einer neuen Laſt zu beſchweren, und ſelbigen zum Vortheil des Stadtaerarii ihre Freyheit zu entziehen die Abſicht gehabt, und daher dasjenigen, was Beklagte in den Zweifelsgründen ad Nr. 5) von der Gewalt eines Landesherrn, Unterthanen neue Laſten aufzulegen, anzuführen, hier keine Anwendung hat;

Gleichergeſtalt 4) was Beklagte gegen eine Präſcription der von 13
Klägern behaupteten Freyheit vorgeſchützet, ihnen nicht zu ſtatten kommen mag,

indem a) die natürliche Freyheit der Kläger von Erlegung eines Nachbargeldes in der K. Flur durch ihre Vorfahren, deren Widerſpruch und dadurch conſervirter Beſitz der Freyheit ihnen, wenn ſie

gleich ihre Güter daſelbſt nur ſeit dem Jahr 1770 beſitzen, auch als ſucceſſoribus ſingularibus den Rechten nach zu ſtatten kömmt,

L. 14. §. 2., *L.* 15. §. 1. *ſqq. D. de diuerſ. tempor. praeſcript.*

von jeher ununterbrochen und beſtändig hergebracht, und nie verlohren worden, mithin durch eine Präſcription nicht erſt von neuem acquiriret werden dürfen,

14 vielmehr b) Beklagte, wenn ſie auch aus der älteren Landesordnung oder aus dem Mandat vom 5. Aug. 1730 das Recht in der K. Flur ein Nachbargeld zu fordern gehabt haben möchten, dennoch dieſes Recht per non vſum längſt verlohren haben würden, da dieſes Recht als ein nicht vermöge einer natürlichen Freyheit, ſondern aus einer Begnadigung zuſtehendes Recht ad res merae facultatis nicht zu referiren, ſondern wie andre priuilegia ſine praeuio contradicto iudicio per ſolum non vſum verlohren gegangen ſeyn würde,

L. 1. *D. de nundin.*

c. 6. 15. *X. de priuileg.*

CARPZOV *Part.* 2. *C.* 3. *def.* 23.

15 nicht zu gedenken c) daß Beklagte irren, wenn ſie ihrem Stadtaerario in Anſehung der Präſcription iura principis et fiſci beylegen, und bey einzelnen Präſtationen eine quadragenariam, bey einer gänzlichen Immunität aber gar immemorialem praeſcriptionem verlangen wollen, da bekannten Rechten nach einer Stadt durchgehends die gewöhnliche praeſcriptio entgegen ſtehet,

Nov. III. c. 1.

LEYSER *ſpec.* 459. *med.* 9.

Und 5) Klägern allerdings daran gelegen iſt, ihr gegründetes Recht der Freyheit von Erlegung des geforderten Einzugsgeldes bey künftigen Acquiſitionen von Grundſtücken in der K. Flur zu conſerviren, und der Einführung einer der Landesordnung widerſtreitenden neuerlichen künftigen Beſchwerde nach dem Beyſpiel ihrer Vorfahren zu widerſprechen;

Indeſſen Beklagte wegen des beyfälligen Beſcheides vom 16. Febr. 1780 mit Erſtattung der Unkoſten billig verſchonet werden müſſen;

Als ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, zu erkennen bewogen worden.

Nomine facultatis iuridicae.

DECI-

DECISIO XLIX.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Lis, quae in ſuperiore inſtantia, de iure haereditario ventilatur, non impedit, quo minus in prima inſtantia adminiſtrator haereditatis poſſit conueniri ad ſoluendum id, quod actor ſecundum iudicata ſuperioris iudicis ex haereditate credit ſibi eſſe ſoluendum.

II. Exceptio doli generalis eſt exceptio realis, quae ſicuti cedenti et aſſignanti, ita etiam dubio procul ceſſionario et adſignatario poteſt opponi.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Exceptio fori declinatoria ex parte ſupplicati. n. 2.
Argumenta, quibus ſupplicans euincere conatur ſolutionem ſortis adſignatae ab executore teſtamenti ſibi eſſe faciendam. n. 3.
Refellitur exceptio fori declinatoria. n. 4.
Adſignatarius non poteſt ſolutionem vrgere eius, quod adſignanti non ante ſoluendum eſt, quam ex ſua parte aliquid praeſtiterit. n. 5.
Exceptio doli generalis, quae adſignanti vel cedenti obſtat, merito quoque opponitur adſignatario, vel ceſſionario. n. 6.
Actor, quem praeiudicium antecedens in dato iudicio ad inſtituendam actionem non fundatam excitauit, ab expenſis refundendis liberatur. n. 7.

Urtheil.

Auf Vorbringen und erfolgten Schriftwechſel in Sachen des Doctoris Iohann S., mandatario nomine des B. Schutzjuden Michel Abraham L., Supplicanten an einem, entgegen den Senatorem Licentiatum Iacob Albrecht von S., als executorem teſtamenti der verſtorbenen Anne Marie P., Supplicaten am andern Theile,

erkennen Bürgermeiſter und Rath der Kaiſerlichen freyen Reichsſtadt H., nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, für Recht:

1 Daß Supplicantens Suchen noch zur Zeit, ehe und bevor der Hofrath L. von I., als deſſen auctor, die in den Urtheilen des Reichscammergerichts vom 7. Nov. 1770 und vom 23. Sept. 1778 ihm injungirte Richtigſtellung der P. älterlichen maſſae bonorum mit Supplicatem gebührend berichtiget, nicht ſtatt hat; jedoch die Unkoſten aus bewegenden Urſachen gegen einander zu vergleichen und aufzuheben. Von Rechts wegen.

Entſcheidungsgründe.

Obwohl A) Supplicat der Meinung iſt, daß die vom Supplicanten aus den vom Hofrath L. von I. und deſſen verſtorbener Ehefrau unter dem 16. Iun. 1769 ausgeſtellten,

ad num. 1. *actor. ſub Nr.* 1. 3.

copeylich beygebrachten, und ihm nach Inhalt des

ad Nr. 1. *actor. ſub Nr.* 5.

befindlichen inſtrumenti cedirten Schuldverſchreibungen, vermöge der nicht nur der einen Obligation inſerirten, ſondern auch vom Hofrath L. von I. wegen beyder Obligationen unter dem 12. Iul. 1779 ausgeſtellten,

ad Nr. 1. *actor. ſub Nr.* 5.

producirten Aſſignation, gegen ihn, als executorem des P. Teſtaments,
2 angeſtellte Klage nicht vor den Magiſtrat der Stadt H. gehöre, ſondern an das Kaiſerliche Cammergericht zu Wetzlar zu verweiſen; in Betracht, daß nicht nur daſelbſt der I. Hauptproceß wegen der P. Erbſchaft, wie auch wegen der Erbſchaft der verſtorbenen I. Ehefrau anhängig ſey, ſondern auch Supplicat dahin in einer ähnlichen von dem Schutzjuden zu B. Ioſt L. gegen ihn aus einer I. Obligation angebrachten Rechtsſache zu appelliren ſich genöthiget geſehen;

Hiernächſt B) Supplicant zu behaupten ſucht, daß der Betrag der beyden ihm cedirten I. Schuldverſchreibungen vermöge der beygebrachten Aſſignation ihm nunmehro vom Supplicaten aus den in Händen habenden zur P. Erbſchaft gehörigen Geldern ohne weitere Einrede zu bezahlen,

indem

indem 1) die beyden ihm cedirten Schuldforderungen wegen der 3 darüber producirten Urkunden für völlig liquide zu halten, auch dagegen vom Supplicaten nichts erinnert werden mögen,

ferner 2) die Richtigkeit der ertheilten Aſſignation aus den beygebrachten Urkunden zureichend erhelle, auch ſelbſt vom Supplicaten nicht bezweifelt worden;

gleichergeſtalt 3) das Recht der I. Eheleute, und nunmehro des Hofraths von I., ſeine und ſeiner verſtorbenen Ehefrau creditores auf die beym Supplicaten befindlichen Gelder der P. Erbſchaft zu aſſigniren, durch die rechtskräftigen Erkenntniſſe des Kaiſerlichen Cammergerichts vom 7. Nov. 1770 und vom 23. Sept. 1778. für ſattſam begründet zu achten, da vermöge des erſteren die I. Ehefrau in den Beſitz des halben älterlichen P. Vermögens, wie ſolches bey Abſterben des Vaters im Jahr 1753 auf Mutter und Tochter gemeinſchaftlich verfallen, und des dritten Theils mütterlichen Nachlaſſes, wie ſich ſolcher bey Abſterben der Mutter im Jahr 1765 befunden, cum fructibus vom 4. April. 1765 anzurechnen, einzuſetzen, und vermöge des leztern der Hofrath von I. im Beſitz der ihm von ſeiner Ehefrau in einem teſtamento nuncupativo nachgelaſſenen Erbſchaft geſchützet worden;

auch 4) was Supplicat wegen der in dieſen Erkenntniſſen injungirten, bis jetzt aber noch nicht berichtigten Richtigſtellung der P. älterlichen maſſae bonorum vorgeſchützet, dagegen in keine Betrachtung kommen möchte, indem eines theils die vermöge dieſer Erkenntniſſe der verſtorbenen I. Ehefrau und nunmehro dem Hofrath von I. gebührenden und in den Händen des Supplicaten befindlichen Zinſen der P. älterlichen Erbſchaft ſich gewiß ſo hoch belaufen müßten, daß ohne vorhergehende Berichte dieſer Richtigſtellung die beyden eingeklagten Schuldpoſten gar wohl abſchläglich bezahlt werden möchten, anderntheils dieſe beyden Schuldpoſten als paſſiva der verſtorbenen I. Ehefrau aus deren Erbſchaft bekannten Rechten nach ſchlechterdings bezahlt werden müßten, und Supplicat wegen dieſer Bezahlung ſo wenig den auf dieſe Erbſchaft einen Anſpruch machenden G. Erben, als den creditoribus des Hofraths von I., reſponſable ſeyn dürfte;

Wannenhero als ob anders, als geſchehen, zu erkennen geweſen, es das Anſehen gewinnen möchte;

Dennoch aber und dieweil quoad A) die vom Supplicanten angeſtellte Klage allerdings vor den Magiſtrat der Reichsſtadt H. gehöret, und an das Kaiſerliche Cammergericht zu Wetzlar nicht zu verweiſen,

4 angeſehen 1) wenn gleich beym Kaiſerlichen Cammergericht der I. Hauptproceß ſowohl wegen der P. Erbſchaft, als auch wegen der Erbſchaft der verſtorbenen I. Ehefrau, im petitorio anhängig iſt, dennoch der gegenwärtige Rechtsſtreit nicht das ſtreitige Recht an dieſen beyden Erbſchaften, ſondern blos eine Bezahlung aus den der I. Ehefrau per ſententiam cameralem vom 17. Nov. 1770 zuerkannten, und nunmehro per ſententiam cameralem vom 23. Sept. 1778 ihren nachgelaſſenen Ehemann gebührenden Aufkünften der älterlichen P. Verlaſſenſchaft betrifft;

ſo wie 2) der Umſtand, daß Supplicat in einer ähnlichen vom B. Schutzjuden Ioſt L. gegen ihn aus einer I. Obligation angebrachten Rechtsſache an das Kaiſerliche Cammergericht zu Wetzlar zu appelliren ſich genöthiget geſehen, der Gerichtsbarkeit des Richters erſterer Inſtanz in dieſer damit nicht verknüpften Sache nicht entgegen ſtehen mag;

Hiernächſt quoad B) das Suchen des Supplicanten noch zur Zeit, ehe und bevor nämlich der Hofrath von I., als deſſen auctor, die in den Cammergerichtsurtheilen vom 7. Nov. 1770 und vom 23 Sept. 1778 ihm injungirte Richtigſtellung der P. älterlichen maſſae bonorum durch Production der P. Hauptbücher und anderer in Händen habenden Urkunden, Edition eines inventarii der in Beſitz genommenen P. Erbſchaftsſtücke, und Ablegung einer Rechnung von den davon gehobenen Nutzungen mit Supplicaten vor einer darzu gerichtlich zu beſtellenden Commiſſion gebührend berichtiget, nicht ſtatt haben mag;

5 anerwogen 1) es bey den Suchen des Supplicanten, aus der P. älterlichen Erbſchaft vom Supplicaten ſeine Bezahlung zu erhalten, keinesweges auf die gerühmte Liquidität der ihm cedirten I. Schuldverſchreibungen, und auf die bloße I. Aſſignation, ſondern vornämlich auf das Recht der verſtorbenen I. Ehefrau, und nunmehro des Hofraths von I. als ihres praeſumtivi heredis, ex iudicatis cameralibus eine wirkliche Auszahlung der P. älterlichen Gelder vom Supplicaten zu fordern, um ſo mehr ankömmt, je weniger er oder ſeine Ehefrau

einem

einem creditori ein weiteres Recht, als ihnen ſelbſt zugeſtanden, durch eine Aſſignation zu ertheilen vermögend geweſen;

L. 54. D. de reg. iur.

Daneben 2) aus dieſen iudicatis der I. Ehefrau, und nunmehro dem Hofrath von I. als ihrem praeſumtiuo heredi, zwar ein ius quaeſitum auf den interimiſtiſchen Beſitz und Genuß des halben elterlichen P. Vermögens, wie ſolches bey Abſterben des Vaters im Jahr 1753 auf Mutter und Tochter gemeinſchaftlich verfallen, und des dritten Theils mütterlichen Nachlaſſes, wie ſich ſolcher beym Abſterben der Mutter im Jahr 1765 befunden, cum fructibus vom 4. April 1765 anzurechnen, allerdings zuſtehet;

jedoch 3) dabey in eben dieſen iudicatis ausdrücklich verſehen worden, daß vor allen Dingen zum Behuf der Vollziehung der in poſſeſſorio ertheilten Erkenntniſſe und der nach ſolchen vorzunehmenden vorläufigen Abtheilung beyde ſtreitende Theile vor einer vom Richter erſterer Inſtanz anzuordnenden Commiſſion die maſſam bonorum tam immobilium quam mobilium aus den P. Hauptbüchern, Obligationen und anderen Urkunden, welche ſie eidlich zu ediren und zu manifeſtiren ſchuldig, feſtzuſetzen, und wegen des bisher gehabten Empfangs und Einnahme erbſchaftlicher Renten richtige Rechnung abzulegen; 7

Einfolglich 4) ſo lange der Hofrath von I. dieſen iudicatis cameralibus in Anſehung der Richtigſtellung der P. elterlichen Erbſchaft gebührend ein Genügen zu thun nicht für gut befindet, Supplicatens Verbindlichkeit, ihm oder ſeinen aſſignatariis aus den in Händen habenden Geldern etwas als den ihm zuerkannten Theil der Aufkünfte und Zinſen auszuzahlen, für purificiret nicht zu halten;

Vielmehr 5) den Hofrath von I. als heredi praeſumtiuo ſeiner Ehe- 6
frau, folglich auch ſeinen aſſignatariis und ceſſionariis, wenn ſie aus dieſen iudicatis cameralibus etwas fordern, die exceptio doli generalis ſeu nondum impletae obligationis ſuae ante liquidum debito modo conſtitutum ohnſtreitig entgegen ſtehet,

L. 1. §. 10. D. de collat.

L. 14. C. eodem

und ehe die erkannte conſtitutio liquidi geſchehen, nicht nur, ob und was ihm noch von zuerkannten Zinſen gebühret, nicht erhellet, ſondern wenn ihm auch etwas wirklich gebühren möchte, Supplicat ihm ſolches, ſo lange er ſeine Verbindlichkeit noch nicht erfüllet, auszuzahlen für verbunden nicht zu halten;

c. L. 1. §. 10. D. de collat.

auch 6) was Supplicant von der Beſchaffenheit der ihm cedirten Obligation, daß ſolche als paſſiua der I. Ehefrau anzuſehen, und daher aus deren Erbſchaft ſchlechterdings zu bezahlen, angeführet, keine Aufmerkſamkeit verdienen mag, indem, wenn dieſe Schuldforderung auch als bloße paſſiua der I. Ehefrau angeſehen werden möchten, dergleichen ſie doch nach dem Inhalt der producirten Obligationen nicht ſind, Supplicant dennoch im gegenwärtigen Fall die Bezahlung nicht aus dem von der I. Ehefrau nachgelaſſenen eigenen unſtreitigen Vermögen, ſondern aus dem ihr in poſſeſſorio pro parte zuerkannten P. älterlichen Vermögen fordert, mithin ſich beſcheiden muß, die Bezahlung aus dieſem Vermögen nur in ſo fern verlangen zu können, als die I. Ehefrau nach dem Inhalt der iudicatorum cameralium ſolche ſelbſt zu fordern berechtiget ſeyn würde;

7 Indeſſen C) da Supplicant zur unzeitigen Anbringung der Klage durch das in cauſſa Ioſt L. ergangene Erkenntniß vom 17. Nouemb. 1779 bewogen worden, er mit Erſtattung der Koſten billig verſchonet werden müſſen;

Als ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, zu erkennen bewogen worden.

Nomine ſacultatis iuridicae.

DECI-

DECISIO L.

THEMA PRINCIPALE.

Specimen ſententiae claſſificatoriae.

SVMMARIA.

Sententia claſſificatoria. n. 1.

Pecunia ex eo tempore debita, quo pes monetalis melior tantum obtinuit, ſecundum eius pedis monetalis valorem eſt reſtituenda; neque debitoris de facta ſolutione loquens liquidatio creditori illam neganti fraudi eſſe poteſt. n. 2.

Ad nouationem priuatiuam expreſſa verba de facienda tali nouatione non praeciſe requiruntur, ſed ſufficiunt facta, ex quibus de animo nouandi conſtat, euidentia. n. 3.

Obligatione perſonali per nouationem priuatiuam ſublata poteſt fieri, vt nouus creditor ius antiquae hypothecae ſibi adquirat. n. 4.

Clauſula de facienda ſolutione iudiciali in fauorem creditorum praedium ſibi obligatum vendentium non adiecta cenſeri debet in fauorem creditorum emtoris huius praedii. n. 5.

Eſt in arbitrio debitoris poſitum, quodnam debitum prius ſoluere, adeoque et in compenſationem deducere velit. n. 6.

De ſucceſſione in ius antiquioris hypothecae. n. 7. et 8.

Aequitas exigit, vt in concurſu creditorum domeſtici intuitu mercedis ipſis debitae ad iuramentum ſuppletorium admittantur. n. 9.

Locator operarum, qui ante tempus dimiſſus ſed alteri operas locauit, integram mercedem a priore conductore iure non exigit. n. 10.

Patronus eccleſiae habet ius liberum, ſed neutiquam obligationem exigendi debitum eccleſiae. n. 11.

Ius hypothecae priuilegiatae eius, qui ad rem comparandam pecuniam dat mutuam, requirit, vt haec pecunia etiam actu ad rem comparandam ſit adhibita. n. 12.

At enim haec pecuniae ad rem comparandam verſio non inartificialiter, ſed etiam artificialiter probari poteſt. n. 13.

Ex quo tempore ius hypothecae priuilegiatae doti iure tributum currere incipiat, docetur. n. 14.

Ius hypothecae priuilegiatae illi non competit, qui poſt rem venditam et iam traditam pecuniam mutuam dat ad ſoluendum quod reliquum eſt pretii. n. 15.

Niſi venditor re tradita ſibi dominium vsque ad plene factam ſolutionem pretii reſeruauerit. n. 16.

Probatione vel demonſtratione pro re nata plene facta ſuppletorium ius-

Iusiurandum locum non habet. n. 17.

Quatenus ſolutio dotis teſtes requirat, notatur. n. 18.

Qualitas bonorum ab vxore illatorum dotalis non praeſumitur. n. 19.

Tacitis hypothecis tamquam publicis iure Codicis praerogatiua prae priuatis videtur eſſe tributa. n. 20.

Exemplum inutiliter tentatae probationis factae illationis paraphernalium. n. 21.

Fiſco intuitu eorum, quae ex contractu ipſi debentur competit ius hypothecae priuilegiatae ratione bonorum poſt contractum adquiſitorum, ſed ius hypothecae tacitae ſimplicis ratione omnium debitoris bonorum, quae iam tempore contractus initi habuit. n. 22.

Nomen actiuum tertii ſine ceſſione facta contra creditorem in compenſationem deduci non poteſt. n 23.

Vſus fori ob rationem aequitatis naturalis omnibus creditoribus, qui ſingularem aequitatis, pietatis et miſericordiae fundamentum pro ſe habent, priuilegium perſonale quartae claſſis in concurſu tribuit. n. 24.

Pecunia luſtrica, ſeu munera patrinorum in dubio ad aduentitia liberorum bona ordinaria ſunt referenda, ſed iure hypothecae tacitae non gaudeat de iure communi. n. 25.

Priuilegia piis cauſſis tributa non poſſunt adcommodari ad id, quod Paſtori e. gr. ex contractu locationis conductionis debetur. n. 26.

Qui rem ſuam exſtantem non vindicat, ſed aeſtimationem eius petit in concurſu ius ſeparationis vrgere non poteſt. n. 27.

Anatociſmus prohibitus non committitur mutata debitoris perſona. n. 28.

Temerarius litigator ille dici nequit, qui qualem qualem ſpeciem veri pro ſe militantem habuit, praeſertim quum ex falſis argumentis ipſi eſt contradictum. n. 29.

Nomina, quae pater contraxit, concurſui filii non ſunt immiſcenda. n. 30.

Iure Megapolitano vxori ex maſſa concurſus nihil petere licet, niſi id, quod illatum eſſe ab ea probari poteſt n. 31.

Si pater pro filia in poteſtate ſua conſtituta argentum in lotaria collocat, ex eoque lucrum percipitur, illud ad peculium profectitium eſt referendum; hincque motu concurſu ſuper bonis patris filiae ius illud exigendi non competit. n. 32.

Urtheil.

Auf übergebene Liquidationes, producirte Urkunden, deren Recognition, auch reſpective vorgeſchützte exceptiones und ferneres Einbringen in Schuld- und Prioritätsſachen des Cammerjunkers Martin Heinrich von G. in Acten bekannten Gläubiger Imploranten und Liquidanten an einem, des verordneten curatoris litis Imploraten und Liquidaten am andern Theile,

Dieweil

erkennen Herzoglich M. zur Juſtizcanzley verordnete Geheime= und Räthe, nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, für Recht:

Dieweil die angegebenen Gläubiger ihre Forderungen liquidiret, auch 1
zum Theil beſcheiniget, curator litis auch, was er einem oder dem andern daran geſtändig oder nicht, geantwortet; ſo werden ſie nunmehro nach Abzug aller dieſem Concurſe zum Beſten aufgewandten Unkoſten, Urtheilsgerichts= und des curatoris litis Gebühren nach vorhergehender deren Anſetzung und richterlichen Ermäſſigung, in folgender Ordnung billig befriediget: und zwar

I) *iure ſeparationis ſpecialis*:

1) die Kinder erſterer Ehe des gemeinen Schuldners mit den zu ihrer mütterlichen Verlaſſenſchaft vermöge des ad Nr. 32 der in puncto vſusfructus verhandelten Acten vom gemeinen Schuldner unter dem 6. Nouemb. 1775 übergebenen, von den curatoribus der Kinder Nr. 33 dieſer Acten monirten, und vom gemeinen Schuldner Nr. 42 der in puncto eines Vergleichs verhandelten Acten verbeſſerten inuentarii gehörigen beweglichen Sachen, in ſo fern ſolche beym gemeinen Schuldner noch in natura vorhanden ſind, und actor communis gegen die Richtigkeit dieſes ihm noch vorzulegenden inuentarii nichts zu erinnern hat.

2) Actor communis der von D. N. Gläubiger,

a) mit den vermöge des §. 5. des Kaufcontracts zurückbehaltenen Kaufgeldern von 2000 Rthlr. in altem Golde, in ſo fern actor communis in einer noch zuzulegenden Liquidation dieſe Summe durch Quittungen über rückſtändige onera, welche aus dem Vermögen des gemeinen Schuldners bezahlt worden, zu vermindern nicht vermag,

b) mit den vermöge des Protocolli vom 18. 19. Febr. 1760 für die von D. Erben zurückbehaltenen Kaufgeldern von 945 Rthlr. in altem Golde A.)

3) Die Curatel des Landmarſchalls von H. aus einer hypothecariſchen Obligation vom 6. Iun. 1760 vermöge einer conſenſuirten Hypothek vom 26. May 1744 mit 5800 Rthlr. gut courant, B); von welchem

quanto

quanto jedoch das dem gemeinen Schuldner noch gebührende halbjährige ſalarium von 500 Rthlr. billig zu kürzen, C).

4) Der Geheimerath von S.

a) aus einer hypothekariſchen Obligation vom 21. Ianuar 1756 vermöge einer reſervirten Hypothek vom 17. Ianuar 1731 mit 1000 Rthlr. grob Courant,

b) aus einer hypothekariſchen Obligation vom 21. Ianuar 1756 vermöge einer reſervirten Hypothek von Trinit. 1733 mit 1000 Rthlr. grob Courant,

c) aus einer hypothekariſchen Obligation vom 21. Ianuar 1756 vermöge einer reſervirten Hypothek von Trinit. 1735 mit 2000 Rthlr. grob Courant,

d) aus einer hypothecariſchen Obligation vom 16. Iun. 1756 vermöge einer reſervirten Hypothek vom 1. Iun. 1750 mit 1000 Rthlr. grob Courant, D).

5) Der Gerichtsverwalter F. aus einer hypothekariſchen Obligation von Anton. 1766 über eine ihm vom Cammerherrn von O. cedirte Schuldforderung an die D. Concursmaſſe, von 394 Rthlr. Capital und von rückſtändigen Zinſen mit 500 Rthlr. Courant, E)

II) Hiernächſt kraft habenden Vorrechts in dieſem Concurs, zum Erſten wegen rückſtändigen ſalarii und Liedlohns,

a) Der Paſtor H. mit dem ihm als geweſenen informatori gebührenden ſalario von 200 Rthlr. in altem Golde,

b) Die Franzöſin P. mit dem liquidirten Reſt ihres honorarii von 80 Rthlr.,

c) Der Schreiber Heinrich Ernſt I. mit dem liquidirten Rückſtande vom $\frac{1}{4}$ jährigen Lohn, und Deputates von 70 Rthlr. 6 ggr.; es iſt jedoch derſelbe zuförderſt die vom gemeinen Schuldner bezweifelte Richtigkeit dieſes Rückſtandes vermittelſt Eides zu beſtärken ſchuldig, F.)

d) Der Schreiber V. mit dem liquidirten Rückſtand ſeines Lohns von 20 Rthlr., nachdem er deſſen vom contradictore bezweifelte Richtigkeit eidlich erhärtet haben wird, F)

e) Der

e) Der Stadthalter M. in Q. mit dem rückſtändigen Theil des Lohns vom Herbſt 1769 bis 1770 von 15 Rthlr. in alten Golde, und mit der Hälfte des Lohns vom Herbſt 1770 bis 1771 von 10 Rthlr. in altem Golde, G.);

f) Der Stadthalter Chriſtoph M. mit dem Rückſtand des Lohns von 6 Rthlr. nebſt den liquidirten rückſtändigen Deputatſtücken, weswegen aber noch vorher mit dem actore communi Liquidation zuzulegen,

g) Der Diener Auguſt Friederich Kr. mit dem rückſtändigen 2¾ jährigen Lohn von 22 Rthlr. 6 ggr. Courant, nebſt den Stiefeln und der Bocklедernen Hoſe, er hat aber noch zuvor die vom gemeinen Schuldner bezweifelte Richtigkeit des liquidirten Rückſtandes vermittelſt Eides zu beſtärken, F.)

h) Der Kutſcher L. mit dem rückſtändigen Lohn von 12 Rthlr. nebſt den Stiefeln und der Bockledernen Hoſe, in ſo fern er deshalb noch nicht vom actore communi befriediget worden, K.)

i) Der Gärtner P. mit dem rückſtändigen halbjährigen Lohn bis Oſtern 1771 von 13 Rthlr., nebſt dem ihm bis dahin gebührenden liquidirten rückſtändigen halben Deputat,

k) Der Ochſenknecht Chriſtian R. mit dem rückſtändigen ¾ jährigen Lohn von 9. Rthlr. nebſt 4 Ellen Lein, nachdem er die vom gemeinen Schuldner bezweifelte Quantität des liquidirten Lohns eidlich erhärtet haben wird, F.)

l) Der Junge Chriſtian M. mit dem rückſtändigen halbjährigen Lohn von 3 Rthlr. nebſt einem Paar Schuh, nachdem er gleichfalls die vom gemeinen Schuldner bezweifelte Quantität des liquidirten Lohns eidlich erhärtet haben wird, F.)

m) Die Dienſtmagd Maria W. mit dem rückſtändigen halbjährigen Lohn von 2 Rthlr. 12 ggr. nebſt einem Paar Schuh und der Hälfte des rückſtändigen Leins, G.)

n) Die Dienſtmagd Sophie R. mit dem rückſtändigen halbjährigen Lohn von 2 Rthlr. 12 ggr. nebſt einem Paar Schuh und der Hälfte des rückſtändigen Leins, G.)

o) Die alte Frau Sophie Z. mit dem rückſtändigen halbjährigen Lohn von 3 Rthlr. 12 ggr. nebſt einem Paar Schuh und der Hälfte des rückſtändigen Leins, G.), ſie hat aber vorher, daß ihr ein jährlicher Lohn von 7 Rthlr. und nicht blos von 5 Rthlr. verſprochen worden, eidlich zu erhärten, F.)

p) Der Schäfer und Kuhhirt Andreas H. zu S. mit dem rückſtändigen halbjährigen Deputat wegen der Kühe und Schafe, G.), er hat aber vorher die vom gemeinen Schuldner geleugnete Richtigkeit des halbjährigen Rückſtandes vermittelſt Eides zu erhärten, F.)

q) Der Schäfer Chriſtian H. zu Q. mit dem ihm als Hirtenlohn gebührenden rückſtändigen Antheil an den Schafen vom Jahr 1769 mit 26 Rthlr. 20 ß. und vom Jahr 1770 mit 13 Rthlr. 36 ß., er hat aber gleichfalls die von gemeinen Schuldner negirte Richtigkeit dieſes Rückſtandes vermittelſt Eides zu erhärten, F.)

r) Der Ochſenhirt Johann S. mit dem rückſtändigen Lohn vom Jahr 1768 von 2 Rthlr. nebſt 12 Scheffel Rocken, und vom Jahr 1769 von 1 Rthlr. nebſt 9 Scheffel Rocken, nachdem er die vom gemeinen Schuldner geleugnete Richtigkeit dieſes liquidirten Rückſtandes eidlich erhärtet haben wird, F.)

s) Der Halbhäcker Chriſtian R. mit dem Reſt des Lohns vom vorhergehenden Jahr von 1 Rthlr. 32 ß., und mit der Hälfte des Lohns vom letzteren Jahr von 3 Rthlr. nebſt der Hälfte der liquidirten Deputatſtücke, G.), er hat aber die Richtigkeit des liquidirten Rückſtandes, in ſo fern der gemeine Schuldner ſolchen verneinet, vermittelſt Eides zu erhärten, F.)

t) Der Halbhäcker Joachim R. mit der Hälfte des Lohns vom letzteren Jahr von 3 Rthlr. nebſt der Hälfte der liquidirten Deputatſtücke, G.)

u) Der Häcker Chriſtian B. mit der Hälfte des Lohns vom letzteren Jahr von 3 Rthlr. nebſt der Hälfte der liquidirten Deputatſtücke, G.)

v) Der Häcker Chriſtian B. mit der Hälfte des Lohns vom letzteren Jahr von 3 Rthlr., wie auch der Hälfte der liquidirten Deputatſtücke, G.)

x) Der Häcker Joachim S. mit der Hälfte des Lohns vom letzteren Jahre, und der Hälfte der liquidirten Deputatſtücke, G.), er hat aber,

ſo

ſo wie auch die Lit. t. u. v. angeführten Liquidanten, die Richtigkeit des liquidirten Rückſtandes, in ſo fern der gemeine Schuldner ſolchen verneinet, vermittelſt Eides zu erhärten, F.);

Zum andern, wegen rückſtändiger onerum:

a) Herzogliche Cammer mit den von den Jahren 1769 und 1770 liquidirten rückſtändigen Contributionsgeldern von 238 Rthlr. 43 ß., in ſo fern actor communis dieſen liquidirten Rückſtand durch Quittungen zu vermindern nicht vermag,

b) Der Landſyndicus P. mit den liquidirten rückſtändigen Landesoneribus von 315 Rthlr. 10 ß. N. ⅔., in ſo fern actor communis, daß dieſe Landesonera noch zum Theil aus der von D. Concursmaſſe zu bezahlen, beyzubringen nicht vermag;

Zum dritten:

Der Paſtor B. wegen der Kirche zu N.

a) mit den der Kirche von der Landräthin von D. legirten 300 Rthlr. in altem Golde,

b) mit 142 Rthlr. von der zu 255 Rthlr. liquidirten Summe der aus dem von D. Concurſe von 1736 bis 1753 der Kirche von dem Legat gebührenden Zinſen, in ſo fern actor communis, daß dieſe von den Kaufgeldern zurückbehaltenen 142 Rthlr. vom gemeinen Schuldner dem vorigen Paſtori Br. ausgezahlt worden, binnen Ordnungsfriſt beyzubringen nicht vermag; hergegen hat wegen des Reſtes dieſer Zinſen von 113 Rthlr. Liquidantens Suchen nicht ſtatt, I.)

c) mit den Zinſen dieſes Legats von 1756 bis zum eröffneten Concurs, dafern actor communis das Vorgeben des gemeinen Schuldners, daß er dieſe Zinſen bis 1768 mit dem vorigen Paſtore Br. abgerechnet, binnen Ordnungsfriſt nicht beybringen möchte; im übrigen hat es wegen der während des Concurſes laufenden Zinſen bey der vom Liquidanten angenommenen Erklärung des actoris communis ſein Bewenden.

III) Sodann *iure hypothecae priuilegiatae*:

1) Der Vater des gemeinen Schuldners Carl Friederich von G. modo deſſen Erben aus einer hypothecariſchen Obligation von Trinitatis 1754 mit den zum Kauf des Guts N. geliehenen 16000 Rthlr., K.);

 2) Die

2) Die Kinder erſterer Ehe des gemeinen Schuldners mit dem von ihrer verſtorbenen Mutter inferirten Brautſchatz von 6000 Rthlr. Courant, L.);

3) Der Conſiſtorialrath R. ex ceſſione des Hofraths H. aus einer hypothecariſchen Obligation von Trinitatis 1755 über zum Ankauf des Guts N. geliehene Gelder mit 1300 Rthlr. in altem Golde, M.);

4) Der Vater des gemeinen Schuldners Carl Friederich von G., modo deſſen Erben, aus einer von Obriſtlieutenant von K. cedirten hypothecariſchen Obligation von Trinitatis 1755 über zum Ankauf des Guts N. geliehene Gelder mit 2000 Rthlr. in altem Golde, M.);

5) Die Erben des Roßhändlers M. aus einer hypothecariſchen Obligation von Trinitatis 1755. über zum Ankauf des Guts N. geliehene Gelder mit 2000 Rthlr. 4 ggrſt., M.);

6) Der Bürgermeiſter Str. aus einer hypothecariſchen Obligation von Trinitatis 1755 über zum Ankauf des Guts N. geliehene Gelder, K), mit 1000 Rthr. 2 ggrſt., M.);

welche vier letztere Gläubiger unter ſich pro rata dieſer Schuldforderungen concurriren;

7) Die Erben des Roßhändlers M. aus einer hypothecariſchen Obligation von Antonii 1757 über zum Ankauf des Guts N. geliehene Gelder, K.), mit 1000 Rthlr. in 4 ggrſt., M.);

8) Die Wittwe des Vierrademüllers M. aus einer hypothecariſchen Obligation vom 5. Iun. 1757 über zum Ankauf des Guts N. geliehene Gelder, K.), mit 2000 Rthlr. 4 ggrſt. M.);

9) Der Paſtor N. aus einer vom Paſtore G. cedirten hypothecariſchen Obligation vom 19. Ian. 1758 über zum Ankauf des Guts N. geliehene Gelder, K), mit 300 Rthlr. in 2 und 4 ggr. ggrſt., M.);

10) Der Vater des gemeinen Schuldners Carl Friederich von G. modo deſſen Erben aus einer hypothecariſchen Obligation vom 1. Iun. 1760 über zum Ankauf des Guts N. geliehene Gelder, K., mit 2000 Rthlr. grob Courant, M.);

11) Der

11) Der Bürgermeiſter Str. aus einer hypothecariſchen Obligation von Trinitatis 1760 über zum Ankauf des Guts N. geliehene Gelder, K.), mit 2000 Rthlr. in altem Golde, M.);

12) Die Ehefrau des gemeinen Schuldners Ilſabe Sophie von G. gebohrne von B. mit den aus den Ehepacten vom 12. Aug. 1767 inferirten Ehegeldern von 1600 Rthlr. N. ⅔ N.).

IV.) Demnächſt *iure ſimplicis hypothecae*:

1) Die Kinder erſterer Ehe des gemeinen Schuldners mit liquidirten paraphernalibus ihrer verſtorbenen Mutter, nach der noch beyzubringenden Zeit der geſchehenen Illation, O.), als

a) mit dem auf ihre Mutter vererbten großväterlichen Capital von 2000 Rthlr., welches zu 1300 Rthlr. in Golde und zu 700 Rthlr. in couranten 4 ggrſt. bey dem von R. zu N. geſtanden, und vom gemeinen Schuldner gehoben ſeyn ſoll,

b) mit dem vom gemeinen Schuldner beym Kloſter D. aus den Geldern ſeines Schwiegervaters im Jahr 1762 angeblich belegten und im Jahr 1765 wieder gehobenen Capital von 2000 Rthlr.;

c) mit 200 Rthlr. als dem angegebenen Reſt der zur Zeit des Abſterbens des Conſiſtorialraths B. angeblich vorgefundenen 1200 Rthlr.,

d) mit den 800 Rthlr., welche der gemeine Schuldner nach ſeines Schwiegervaters Abſterben als deſſen rückſtändiges ſalarium gehoben haben ſoll,

e) mit den 300 Rthlr., welche der gemeine Schuldner von dem beym Cammerherrn von R. zu B. ſtehenden B. Capital von 2000 Rthlr. gehoben zu haben geſtändig; es ſind aber Liquidanten die Richtigkeit dieſer ſämmtlichen fünf Poſten binnen Ordnungsfriſt beſſer, als geſchehen, beyzubringen verbunden, P.),

f) mit dem zur Einlöſung der vom gemeinen Schuldner verſetzten paraphernalium ihrer verſtorbenen Mutter nöthigen Gelde, und

g) mit dem Werth der vom gemeinen Schuldner veräuſſerten paraphernalium ihrer verſtorbenen Mutter, nachdem ſie vorher wegen

dieſer beyden letzteren Poſten mit dem actore communi gebührende Liquidation zugeleget.

2) Die Curatel des Landmarſchalls von H. aus der den 25. Iul. 1764 übernommenen cura, O.), mit dem im Commiſſionsabſchied vom 7. Febr. 1770 ihr zuerkannten Rückſtande von 20082 Rthlr. 40 ß., in ſo fern in dem noch anhängigen Rechtsſtreit dieſer Rückſtand rechtskräftig wird entſchieden werden;

3) Herzogliche Cammer mit den liquidirten rückſtändigen Pachtgeldern von 648 Rthlr. 11¼ ß. in altem Golde, nach der Zeit des geſchloſſenen Pachtcontracts, Q.), es hat aber Herzogliche Cammer die Richtigkeit der ad Nr. 53. actor. Lit. B. producirten Liquidation durch die verlangte Production des Contracts und der Rentereyz-Bücher zu beſtärken, ſo wie dem actori communi die gerühmte Gegenforderung wegen der Zinſen des Vorſchuſſes und wegen der geforderten Remiſſion binnen Ordnungsfriſt zu liquidiren und zu beſcheinigen unbenommen bleibt;

4) Der Bürgermeiſter in St. G. aus einer hypothecariſchen Obligation von Trinitatis 1755 mit 800 Rthlr. in ⅙ ß.;

5) Die F. Erben aus einem hypothecariſchen Wechſel vom 23 Iun. 1755 mit 1000 Rthlr. in 2 und 4 ggrſt., in ſofern ſie ihr Vorgeben, daß dieſes Capital für die Zinſen vom Jahr 1769 bis 1770 in altem Golde geſetzt worden, binnen Ordnungsfriſt, wie recht, nicht beybringen möchten;

6) Der Vater des gemeinen Schuldners Carl Friederich von G. modo deſſen Erben aus einer hypothecariſchen Obligation vom 20 Ian. 1756 mit 2000 Rthlr. grob Courant;

7) Der Geheimerath von Sch. aus einem Blanquet zur hypothecariſchen Obligation von Trinitatis 1760 mit 1000 Rthlr. in altem Golde;

8) Der Geheimerath von Sch. aus einer hygothecariſchen Obligation von Trinitat. 1761 mit 1000 Rthlr in altem Golde;

9) Die Erben des geweſenen Paſtoris Br. zu N. aus einem hypothecariſchen Wechſel vom 2. Octob. 1762 mit 500 in altem Golde, R);

10) Der

10) Der Amtshauptmann von W. aus einem hypothecariſchen auf 600 Rthlr. in altem Golde ausgeſtellten Wechſel vom 4. Aug. 1765 nach Abzug der dem gemeinen Schuldner geſtändigermaaßen ſchuldigen 500 Rthlr. mit 100 Rthlr. in altem Golde;

11.) Der Amtshauptmann von W. aus einem hypothecariſchen Wechſel vom 9. Mart. 1766 mit 200 Rthlr. N. ⅔;

12) Der Hauptmann von M. als Curator des Landmarſchalls von H. aus einem bereits ausgeklagten hypothecariſchen Wechſel vom 18 Apr. 1766 mit 1000 Rthlr. in altem Golde;

13) Der Mühlenmeiſter M. aus einer hypothecariſchen Obligation vom 22. Ian. 1767 mit 1000 Rthlr. im altem Golde;

14) Der Doctor Gr. aus einer vom gemeinen Schuldner und vom Landrath von W. als von H. curatoribus und als Selbſtſchuldnern und correis debendi auf 5000 Rthlr. N. ⅔ ausgeſtellten hypothecariſchen Obligation von Trinit. 1767. mit einem Reſt von 4500 Rthlr. N. ⅔;

15) Der Mühlenmeiſter S. zu W. aus einem bereits ausgeklagten hypothecariſchen Wechſel vom 6. Octob. 1767 mit 1000 Rthlr. in altem Golde;

16) Der Kaufmann Cr. aus G. aus einem vom Landſyndico P. cedirten hypothecariſchen Wechſel vom 2. Mart. 1769. mit 50 Rthlr. in altem Golde;

17) Der Vater des gemeinen Schuldners Carl Friederich von G., modo deſſen Erben, aus einer hypothecariſcheu Obligation vom 8. Apr. 1770 mit 1000 Rthlr. in altem Golde, ingleichen aus einer andern hypothecariſchen Obligation von eben dem dato mit 1000 Rthlr.;

18) Der Kaufmann Cr. aus G. aus einer ſub hypotheca bonorum den 23. May 1770 unterſchriebenen und ausgeklagten Waarenrechnung mit 266 Rthlr. in altem Golde;

V) Nach dieſen ferner die *chirographarii priuilegiati*, und zwar:

1) Der Tuchmacher St. zu Str. Namens ſeiner Ehefrau wegen der ihr vom gemeinen Schuldner verſprochenen Abfindung in Anſehung ihres unehlichen Kindes mit 150 Rthlr. Courant;

2) Wegen rückſtändigen Arbeits- und Tagelohns, und zwar unter ſich pro rata ihrer Forderungen;

a) Der Brunnenmeiſter H. für einen zu Q. gemachten Brunnen mit 9 Rthlr. 32 ß.,

b) Die Unterthanen Iürgen W., Iohann B., Guſtav B., und Martin A. Wittwe, wegen des coniunctim liquidirten rückſtändigen Arbeits- und Tagelohns mit 22 Rthlr. 20 ß.,

c) IürgenW. Ehefrau wegen rückſtändigen Tagelohns mit 2Rthlr. 30ß.,

d) Wittwe A. wegen rückſtändigen Tagelohns mit 39 ß.,

e) Des Ochſenhirten Sch. Ehefrau wegen rückſtändigen Tage- und Spinnelohns mit 4 Rthlr. 29 ß.;

Es haben aber ſämmtliche ſub lit. b. c. d. und e. bemerkte Gläubiger die vom gemeinen Schuldner geleugnete Richtigkeit ihrer Forderungen zuförderſt vermittelſt Eides zu erhärten;

3) Der Vater des gemeinen Schuldners Carl Friedrich von G., modo deſſen Erben, wegen der auf das Gut N. angeblich verwandten Koſten mit 529 Rthlr. 7 ß.; es haben aber Liquidanten zuförderſt die Richtigkeit dieſer liquidirten Koſten binnen Ordnungsfriſt zu beſcheinigen, wogegen dem actori communi die Beſcheinigung ſeiner dagegen vorgeſchützten Einreden unbenommen bleibt;

4) Der Schäfer und Kuhhirt Andreas H. mit dem liquidirten Vorſchuß von 10 Rthlr. in altem Golde, nachdem er die Richtigkeit dieſes angegebenen Vorſchuſſes gebührend beſcheiniget haben wird;

5) Der Apotheker W., modo deſſen Erben, mit einer Rechnung für gelieferte Arzeneyen von 74 Rthlr;

6) Der Bürgermeiſter E. wegen eines liquidirten Reſtes für Logis und Zehrungskoſten von 14 Rthlr. 25 ß., S.);

Endlich VI) die *creditores chirographarii ſimplices*, welche ohne Unterſchied der Zeit und pro rata ihrer Forderungen, zu befriedigen, als:

1) Die Kinder erſterer Ehe des gemeinen Schuldners mit den liquidirten Pathengeldern von 250 Rthlr. in Sächſiſchen ⅓. T.), wenn ſie zuförderſt die Richtigkeit dieſer Forderung binnen Ordnungsfriſt gebührend beſcheiniget;

2) Die

2) Die Erben des Paſtoris Br. wegen rückſtändigen Pachtgeldes vom Pfarracker vom Jahr 1760 bis 1769 mit 90 Rthlr. in altem Golde, U.);

3) Der Paſtor B. wegen rückſtändiger zweyjährigen Pachtgelder vom Pfarracker von 1769 bis 1771 mit 20 Rthlr. in altem Golde, U.);

4) Der Hofrath S. als Erbe des Inſpectoris C. zu S.,

a) aus einer vom gemeinen Schuldner und dem Landrath von W. an den Amtshauptmann von W. unter dem 28. Jan. 1767 ausgeſtellten und von dieſem quitirten Aſſignation auf 46 Rthlr. mit der Hälfte zu 23 Rthlr.,

b) für Verlag an den Bürgermeiſter Sp. mit 17 Rthlr. 13 ß.,

c) für ein Ochshöft Wein mit Transport von Anclam mit 33 Rthlr. 18 ß.,

d) für 79 Pfund Butter mit 13 Rthlr. 8 ß.; Er hat aber zuförderſt die abgeleugnete Richtigkeit dieſer Poſten binnen Ordnungsfriſt beyzubringen;

5) Der Schäfer O. mit der Aeſtimation der aus dem Q. Inventario geforderten 25 Hammel und 25 Schafe, V.), wenn er vorher die Richtigkeit ſeiner Forderung binnen Ordnungsfriſt gebührend beſcheiniget;

6) Der Schreiber V. mit der liquidirten rückſtändigen Auslage von 7 Rthlr. 44 ß.;

7) Der Münzrendant W. wegen gelieferter Waaren mit 26 Rthlr. 12 ß.;

8) Actor communis der B. creditorum,

a) wegen ausgeklagter Auctionsgelder mit 399 Rthlr. 4 ß.,

b) wegen zuerkannter moderirten Proceßkoſten mit 6 Rthlr. 27 ß.;

9) Der Kaufmann Cr. aus G. wegen der ihm zuerkannten Proceßkoſten mit 10 Rthlr. 24. ß.:

10) Der Obercammerjunker von G. mit den generaliter liquidirten Proceßkoſten wegen eines zurückbehaltenen Wechſels, er hat aber die Richtigkeit und Quantität dieſer Forderung binnen Ordnungsfriſt gebührend zu beſcheinigen;

11) Der Mühlenmeiſter S. mit den ihm zuerkannten Proceßkoſten, nach vorhergehender deren Liquidation und richterlichen Moderation.

Was hiernächſt die rückſtändigen Zinſen der Gläubiger, denen von ihren Capitalien Zinſen gebühren, anbelanget; ſo werden ſolche einem jeden Gläubiger nebſt ſeinem Capital an dem Ort, wo er mit ſeinem Capital lociret worden, billig bezahlt, jedoch mit der Einſchränkung, daß die iure ſeparationis nr. 3. mit einem Capital von 5800 Rthlr. geſetzte von H. Curatel die Zinſen von den zum Capital geſchlagenen 1800 Rthlr. von D. Zinſen, ingleichen der iure ſeparationis nr. 5 mit einem Capital von 500 Rthlr. geſetzte Gerichtsverwalter F. die Zinſen von den zum Capital geſchlagenen 106 Rthlr. von D. Zinſen nicht iure ſeparationis, ſondern in der zweyten Claſſe nach dem Alter der ihnen darüber vom gemeinen Schuldner ausgeſtellten hypothecariſchen Obligationen erhalten, X.).

Im übrigen hat das Suchen 1) des Geheimenraths von S. gegen den Conſiſtorialrath R. wegen der verurſachten Koſten, Y.); 2) des Paſtoris B. Namens der Kirche zu N. a) wegen der Miethe für das Wittwenhaus b) wegen eines Reſtes der Kirchengelder von 69 Rthlr. 23 ß., und c) wegen des Kirchenkorns vom Jahr 1770 nicht ſtatt, es bleibt aber der Kirche wegen nur gedachter drey Poſten ſich an den Vater des gemeinen Schuldners Carl Friderich von G. modo deſſen Erben zu halten unbenommen, Z.); Nicht minder iſt 3) das Suchen der Kinder erſterer Ehe wegen der ihrer verſtorbenen Mutter verſchriebenen Morgengabe von 500 Rthlr., AA.); 4) der Ehefrau des gemeinen Schuldners wegen der ihr verſchriebenen Morgengabe von 1000 Rthlr., AA.); und 5) der älteſten Tochter des gemeinen Schuldners Albertine von G. wegen eines Lotteriegewinnſtens von 200 Rthlr. für unſtatthaft zu halten. BB.). Von Rechts wegen.

Entſcheidungsgründe.

A) Obwohl Actor communis 1) noch eine Beſcheinigung verlanget, daß die für die von D. Erben vi protocolli vom 18. 19. Febr. 1760 zurückbehaltenen Kaufgelder von 945 Rthlr. in altem Golde beſtanden,

und 2) dieſe Gelder vermöge der vom gemeinen Schuldner unter dem 6. Iun. 1760 übergebenen Liquidation ſchon als wirklich bezahlt

und

und ihm nur wieder in Verwahrung gegeben anſehen, und daher deren ius ſeparationis bezweifeln will;

Dennoch aber und dieweil 1) dieſe Gelder nach Inhalt des angeführten protocolli Kaufgelder ſind, mithin als ſolche von altem Golde oder von gleich guten Münzſorten verſtanden werden müſſen,

und 2) der gemeine Schuldner die Gelder zwar in der angeführten Liquidation als bezahlt aufführen wollen, allein vermöge des decreti vom 22 Febr. 1760 ohne Einwilligung der von D. Erben dieſe Gelder nicht bezahlen mögen, auch deren Abrechnung durch die darauf ertheilte Reſolution vom 29. Iul. 1760 verworfen worden, und daher das dieſen Geldern noch zuſtehende ius ſeparationis nicht bezweifelt werden mag;

B.) Obgleich verſchiedene Gläubiger dieſer liquidirten Forderung das behauptete ius ſeparationis ſtreitig machen, und daß ſolche blos als ein creditum ſimplice hypotheca noua munitum in der dritten Claſſe nach dem Alter der neuen Hypothek zu collociren ſey, behaupten wollen,

in Betracht daß 1) die dem Landmarſchall von H. gegen den Land-
marſchall von D. ex hypotheca conſenſuata vom 26. May 1744 zuſtän-
dige Forderung auf 4000 Rthlr. Capital und 1800 Rthlr. Zinſen 3
durch die vom gemeinen Schuldner darüber ausgeſtellte neue hypothe-
cariſche Obligation vom 6. Iun. 1760 per factam nouationem ipſo iure
aufgehoben, und in eine bloſſe von G. Schuld verwandelt worden, wenn
gleich eine privative Novation in dubio nicht vermuthet werden mag,

L. f. C. de nouat.

auch der Landmarſchall von H. der neuen Obligation die Clauſel: absque nouatione, ausdrücklich inſeriren laſſen,

Dennoch a) bekannten Rechten nach zu einer privativen Novation nicht praeciſe erfordert wird, daß der animus nouandi expreſſis verbis declarirt werde, ſondern ſolcher auch per facta euidentia zureichend declariret werden mag, cum voluntate ſolum, non lege nouandum ſit,

c. L. f. C. de nouat.

SCHILTER *exercit.* 9. *th.* 23.

LEYSER *ſpec.* 526. *med.* 6.

Dergleichen facta aber b) im gegenwärtigen Falle ohnſtreitig vorhanden ſind, da eineştheils die alte von D. Schuld von 4000 Rthlr. Capital, und 1800 Rthlr. Zinſen in eine neue Schuld von einem Capital von 5800 Rthlr. verwandelt worden, anderntheils der Landmarſchall von H. dem gemeinen Schuldner gegen Ausſtellung der neuen Obligation die alte von D. Obligation nebſt der Herzoglichen Confirmation völlig in beſter Form Rechtens cediret, drittentheils der gemeine Schuldner in der

ad Nr. 10. *actor. Nr.* 34.

beygebrachten neuen Obligation vom 6. Iun. 1760 ausdrücklich angegeben, daß ihm die alte Obligation und Herzogliche Confirmation vom creditore zurückgegeben worden, und dieſe Extradirung der retradirten Obligation und Herzoglichen Confirmation ſtatt der baaren Anleihe und der wirklichen Auszahlung des Geldes seyn ſolle, viertentheils der Landmarſchall von H. dieſe vom gemeinen Schuldner durch eine neue Obligation gegen Ceſſion der alten Obligation erhaltene und angenommene Befriedigung vermöge des Diſtributionsprotocolli vom 28. Iul. 1760

Nr. 344. *a v. D.* Concursacten

Herzolicher Juſtizcanzley durch den Aduocatum F. anzeigen laſſen,

mithin c) die dem inſtrumento ceſſionis und der neuen Obligation inſerirte Clauſel: absque nouatione, der evidenten Natur des negotii widerſtreite, und als eine proteſtatio facto contraria nichts wirken möchte;

arg. L. 60. *§.* 6. *D. locati c.* 20. *X. de offic. et pot. iud. delegat.*

Derowegen 2) da die von D. Schuld in Anſehung des Capitals und der Zinſen per hanc nouationem ipſo iure aufgehoben worden, auch per neceſſariam conſequentiam die von D. Hypothek erlöſchen müſſen,

L. 18. *D. de nouat.*

quoniam cum principalis cauſſa non conſiſtit, nec ea, quae ſequuntur, locum habere poſſunt;

L. 129. *§.* 1. *D. de reg. iur.*

Auch

Auch 3) vermöge des von Herzoglicher Juſtißcanzley dem gemeinen Schuldner ausgefertigten Kaufbriefes über das Gut N. vom 14. Iun. 1754 zur Sicherheit nicht nur der alten von D., ſondern auch der neuern von G. Gläubiger feſtgeſeßet worden, daß die Kaufgelder in jedem Termin gerichtlich ausgezahlet, und davon die Gläubiger in iudicio gegen Zurückgabe ihrer Obligationen und Quitung bezahlt werden ſollten, nach welcher rechtlichen Verfügung der gemeine Schuldner ſich mit keinem von D. creditore auſſergerichtlich absque nouatione valide abfinden mögen;

Dennoch aber und dieweil, wenn es gleich keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß die dem Landmarſchall von H. zuſtändig geweſene von D. Schuld in Anſehung des Capitals und der Zinſen durch die vom gemeinen Schuldner darüber unter dem 6. Iun. 1760 ausgeſtellte neue Obligation facta nouatione priuatiua aufgehoben und in eine wirkliche neue von G. Schuld verwandelt worden, es dennoch jeßt nicht auf die alte von D. Perſonalobligation, ſondern lediglich auf die alte von D. Hypothek und ein dadurch begründetes ius ſeparationis ſpecialis ankömmt, 4

und 1) der Landmarſchall von H. non obſtante nouatione perſonalis obligationis zu mehrerer Sicherheit der neuen von G. Schuld die alte von D. Hypothek ſich mit Beſtande Rechtens wohl reſerviren mögen, da die Regel, daß facta nouatione perſonalis obligationis die Hypotheken erlöſchen, mit der natürlichen Einſchränkung zu verſtehen, wenn der Gläubiger bey der Novation der perſönlichen Verbindlichkeit zur Sicherheit der neuen Obligation der alten Hypotheken ſich nicht expreſſe

L. 11. §. 1. D. de pignor. act.

oder auch tacite reſerviret hat;

L. 3. pr., L. 12. §. 5. D. qui potior. in pign.

auch 2) dieſe Reſervation der alten hypothecae publicae nicht nur in dem inſtrumento ceſſionis durch die Clauſel: absque nouatione, ſondern auch in der neuen Obligation vom 6. Iun. 1760 mit ausdrücklichen Worten geſchehen iſt;

Einfolglich 3) dieſe Clauſel in ſo fern dem negotio keinesweges widerſtreitet, und pro proteſtatione facto contraria nicht gehalten werden mag;

Weniger nicht 4) die aus dem gerichtlichen Kaufcontracte angeführte Vorſchrift der Bezahlung der Kaufgelder dieſer Reſervation nicht im Wege ſtehet,

5 angeſehen a) dieſe Vorſchrift blos zum Beſten der verkaufenden von D. Gläubiger, nicht aber zum Vortheil der künftigen von G. creditorum geſchehen, an welche damals ſo wenig das Iudicium, als die contrahirenden von D. creditores, gedenken mögen,

mithin b) aus dieſer Vorſchrift ein von D. Gläubiger ein freyes Recht, aber keine Schuldigkeit erhalten, auf die beſtimmte Weiſe ſeine Befriedigung zu verlangen, und daher ſich mit dem Käufer gar wohl auſſergerichtlich auf eine andere beliebige Weiſe abfinden können,

nicht zu gedenken c) daß nicht nur der Landmarſchall von H. dieſe mit dem Käufer getroffene Convention und Reſervation der alten Hypothek vermöge des Diſtributionsprotocolli vom 28. Iul. 1760 Herzoglicher Juſtitzcanzley anzeigen laſſen, ohne deswegen eine Erinnerung zu erhalten,

ſondern auch d) ihm frey geſtanden hätte, die beſtimme Summe von 5800 Rthlr. als ein tertius dem Käufer zur Auszahlung im Iudicio baar zu leihen, und ſich dagegen vom Käufer wegen dieſes neuen Darlehns die alte Hypothek ertheilen zu laſſen;

L. 12. §. 8. *D. qui potior. in pign.*

L. 24. §. 3. *D. de reb. auct. iud. poſſid.*

L. 1. *C. de his, qui in prior. credit. loc.*

MEVIUS *Part.* 4. *dec.* 214. *n.* 1.

BRUNNEMANN *ad. L.* 24. *D. de reb. auct. iud, poſſid. n.* 12. *ſqq.*

TORNOW *de feud. Mecklenburg. Sect.* 2. *cap.* 3. §. 6. *pag.* 433.

Derowegen 5) dieſer Forderung wegen der reſervirten alten von D. Hypothek nicht nur ein ius ſeparationis ſpecialis zuſtehet, ſondern auch ob qualitatem hypothecae publicae der Vorzug vor andern älteren reſervirten Privathypotheken gebühret;

C) Obwohl die von H. Curatel des gemeinen Schuldners rückſtändiges ſalarium von 500 Rthlr. an den liquidirten Poſten ſich kürzen zu laſſen, ſich nicht für ſchuldig halten will, weil der gemeine Schuld-

ner

ner dieſes ſalarium an der Curatel ex adminiſtratione zu reſtituirenden Geldern zu kürzen angewieſen worden;

Dieweil aber dennoch 1) der gemeine Schuldner dieſe vorgegebene Anweiſung nicht angenommen, auch 2) das ex adminiſtratione zu reſtituirende quantum den Acten nach noch nicht liquide iſt, und 3) einem Schuldner bekannten Rechten nach frey ſtehet von mehreren Schuldpoſten denjenigen, den er für gut befindet, zu bezahlen, 6

L. 1. D. de ſolut.

mithin auch durch eine Gegenforderung mediante compenſatione zu tilgen;

L. 4. D. qui potior. in pign.

D) Obſchon verſchiedene Gläubiger auch dieſen vier liquidirten Poſten das behauptete ius ſeparationis ſtreitig machen, und, daß ſolche höchſtens als credita ſimplice hypotheca noua munita nach dem Alter der Hypotheken in der dritten Claſſe zu collociren, behaupten wollen,

anerwogen 1) Liquidant über die Bezahlung der ihm aus dem von D. Concurſe gebührenden Gelder dem gemeinen Schuldner zwey von dieſem ad acta des von D. Concurſes 7

Nr. 112. Vol. 1.. Nr. 231. Vol. 2.

gebrachte Quitungen ausgeſtellet, in deren einer vom 16. Iun. 1754 er von den im Gute N. ſub hypotheca verſicherten Geldern 2000 Rthlr. baar und richtig ausgezahlt erhalten zu haben, eingeſtehet, und in der andern vom 21. Iun. 1756 er wegen des Reſtes ſeiner Forderungen völlig und hinlänglich befriediget zu ſeyn bekennet, den Käufer deshalb quitiret, und ſich nicht allein aller Anſprache an die von D. Maſſe begiebt, ſondern auch dem Käufer die bisher in Händen gehabten von D. Obligationen mit allen daran gehabten Zuſtändniſſen cediret;

einfolglich 2) wenn er gleich gegen dieſe Quitungen ſtatt baarer Bezahlung die

ad Nr. 10. actor. Nr. 8. 9. 10. 11.

producirten von D. Obligationen mit neuen Obligationen vom gemeinen Schuldner zurück erhalten, dennoch die nach dieſen Quitungen gegen geſchehene Ceſſion der von D. Obligationen erhaltene Befriedigung natürlich von einer der baaren Bezahlung gleichgeltenden Befriedigung,

und

und alſo ohnſtreitig von einer wirklichen privativen Novation zu verſtehen, wodurch Liquidant aufgehöret, ein von D. creditor zu ſeyn, und ſtatt deſſen ein von G. Gläubiger geworden;

mithin 3) bey dieſer erhaltenen Befriedigung ſich das Recht eines von D. creditoris, wenn er ſolchem in der Quitung auch nicht renunciiret haben möchte, durch die in den obligationibus enthaltene Clauſel: absque nouatione, ſo wenig mit Beſtande Rechtens vorbehalten mögen, als wenn er nach Vorſchrift des Kaufcontracts im Gerichte ſeine Bezahlung baar erhalten hätte;

Ueberdem auch 4) eine auſſergerichtliche absque nouatione vorgenommene Abfindung eines von D. creditoris mit dem Käufer der im Kaufcontract enthaltenen Vorſchrift widerſtreite;

und 5) Liquidant durch die ausgeſtellten Quitungen die folgenden Gläubiger des gemeinen Schuldners ihm zu creditiren verleitet, und auch daher in deren fraudem das Recht eines von D. Gläubigers ſich mit Recht nicht reſerviren mögen;

8 Dennoch aber und dieweil, wenn es gleich ſeine ohnſtreitige Richtigkeit hat, daß die dem Liquidanten zuſtändig geweſenen von D. Schuldpoſten durch die darüber ausgeſtellte Quitungen, geſchehene Ceſſion und Annahme neuer Obligationen facta nouatione priuatiua aufgehoben, und in wirkliche neue von G. Schuldpoſten verwandelt worden, es dennoch jetzt nicht auf die alte von D. Perſonalobligation ſondern lediglich auf die alten von D. Hypotheken und ein dadurch begründetes ius ſeparationis ſpecialis ankömmt,

und 1) Liquidant vermöge deſſen, was ad Lit. B) ausgeführet worden, non obſtante nouatione perſonalis obligationis zur Sicherheit der neuen von G. Obligationen die alten von D. Hypotheken ſich allerdings wohl reſerviren mögen;

L. 11. §. 1. *D. de pignor. act.*

L. 3. *pr.*, *L.* 12. §. 5. *D. qui potior in pignor.*

Auch 2) dieſe Reſervation in den neuen von G. Obligationen dadurch zureichend geſchehen, daß nach deren Inhalt es bey den von D. Pfandverſchreibungen absque vlla nouatione ſowohl ratione aller darinn enthaltenen Clauſeln, als auch ratione temporis lediglich zu laſſen;

Daneben

Daneben 3) was von einigen Gläubigern wider die Gültigkeit dieſer Reſervation vorgeſchützet worden, dagegen nicht in Betrachtung kommen mag,

anerwogen a) dieſe Reſervation der Natur der wirklich geſchehenen Novation keinesweges widerſtreitet, und daher pro proteſtatione facto contraria nicht gehalten werden mag,

ferner b) die ausgeſtellten Quitungen dieſer Reſervation nicht entgegen ſtehen, indem einestheils dieſe Quitungen eine natürliche Folge und Beweis der per ſubſtitutionem nouae obligationis tanquam per veram ſolutionem ipſo iure aufgehobenen perſönlichen Verbindlichkeit ſind, welche ein creditor nouans auch bey einer Reſervation der alten Hypothek dem Schuldner auszuſtellen ſich nicht entbrechen mag, anderntheils wenn auch dieſe Quitungen in effectu als Quitungen angeſehen werden möchten, welche Liquidant über eine in termino diſtributionis gerichtlich erhaltene baare Bezahlung der von D. Schuldpoſten ausgeſtellet, dennoch ſodann auch gleichfalls in effectu anzunehmen ſeyn würde, als wenn Liquidant dem Käufer dieſe Gelder zur Auszahlung im Gericht baar geliehen, und ſich in der darüber ausgeſtellten Obligation zur Sicherheit dieſes neuen Darlehns vom Käufer die alten von D. mit den abzutragenden Schuldpoſten verknüpften Hypotheken ausbedungen und ertheilen laſſen, wodurch dieſe Hypotheken mit den neuen Obligationen ohnſtreitig würden verbunden worden ſeyn,

L. 12. §. 8. *D. qui potior. in pign.*

L. 24. §. 3. *de reb. auct. iud. poſſid.*, *ibique* BRUNNEMANN *n.* 12. *ſqq.*

L. 1. *C. de his qui in prior. credit. loc.*

weniger nicht c) die in der Quitung enthaltene Renunciation aller weiteren Anſprache an die von D. Maſſe dieſer Reſervation um ſo weniger widerſpricht, je gewiſſer es iſt, daß zur Zeit der ausgeſtellten Quitung die von D. Concursmaſſe in den vom Käufer zu bezahlenden Kaufgeldern, woran Liquidant ſich aller weiteren Anſprache begeben, nicht aber in dem dafür verkauften Gute N. beſtanden,

auch d) die im Kaufcontract enthaltene Vorſchrift der Auszahlung der Kaufgelder vermöge desjenigen, was bereits ad Lit. B) angeführet

 worden,

worden, der Gültigkeit der mit dem Käufer getroffenen Abfindung nicht ſchaden mag,

und e) was einige Gläubiger von einem dadurch zu ihrem Nachtheil begangenen fraude angeführet, gar keine Aufmerkſamkeit verdienet, da einestheils, wer ſich ſeines Rechts bedienet, eo ipſo keinen fraudem begehen mag,

L. 55. D. de reg. iur.
L. 13. §. 1. D. de iniur.

anderntheils beyde ad fraudem erforderliche requiſita

L. 79. D. de reg. iur.

im gegenwärtigen Falle wegfallen, indem bey dem damaligen Credit des Käufers ſo wenig bey dem Liquidanten ein affectus als bey den folgenden Gläubigern ein effectus ſich gedenken läßt, zumalen dieſe den ihnen darüber deferirten Eid, daß ſie durch die ausgeſtellten Quitungen dem Käufer zu leihen bewogen worden, zu acceptiren ſich nicht getrauet;

E) Obwohl 1) der gemeine Schuldner

Nr. 100. actor.

erinnern will, daß dieſer Schuldpoſten nur in ſchlechtem Courant, welches etwa 300 Rthlr. betragen möchte, beſtehe, und 2) das behauptete ius ſeparationis ſpecialis dieſer Forderung gleichfalls ex ratione factae nouationis beſtritten werden möchte;

Dennoch aber und dieweil quoad 1) in der

ad Nr. 10. actor. Nr. 32.

producirten Obligation die Münzſorten in gangbaren guten Gelde beſtimmet worden, und quoad 2) aus den ad Lit. B.) angeführten Gründen erhellet, daß Liquidant non obſtante nouatione perſonalis obligationis das ihm cedirte Recht der alten von D. Hypothek ſich wohl reſerviren mögen, und nach dem Inhalt der Obligation ſich wirklich reſerviret hat;

F.) Obzwar nach der Regel ein Gläubiger die Richtigkeit ſeiner Forderung durch einen Eid, wozu er ſich erbietet, zu beſtärken nicht zugelaſſen wird;

arg. L. 10. C. de teſtib.

Dennoch

Dennoch aber und dieweil von dieſer Regel im Concurſe bey Dienſtboten, deren liquidirter Dienſtlohn bezweifelt wird, wegen der Beſchaffenheit ihrer Forderung nach der Billigkeit eine Ausnahme zu machen;

CARPZOV *Part.* I. *conſtit.* 28. *def.* 34.

G.) Obwohl Liquidant den völligen Lohn des letzten Jahres vom 10
gemeinen Schuldner zu fordern befugt zu ſeyn vermeinet, da ihm, daß dieſem in der Mitte des Jahrs von Herzoglicher Cammer die Pacht abgenommen werden, nicht zur Laſt gelegt werden möchte;

Li. 38. *pr. D. locat.*

Dieweil aber dennoch in ſo fern Liquidant den angefangenen Dienſt dieſes Jahrs bey des gemeinen Schuldners ſucceſſore in der Pacht fortgeſetzet, er ſich bey dieſem wieder vermiethet, und von ſelbigem von der Zeit den Lohn zu fordern hat;

L. 19. §. 9. *D. locat.*

H.) Dieweil aus dem

Nr. 77. *actor.*

befindlichen protocollo conferentiae erhellet, daß Liquidant bereits vom actore communi auf Abſchlag ſeiner Forderung 1 Louisd'or erhalten, und die Gläubiger conſentiret, daß der Reſt von 7 Rthlr. und für Hoſen und Stiefel gleichfalls 7 Rthlr. ihm bezahlt werden ſollen;

I.) Obzwar Liquidant der Meinung iſt, daß der gemeine Schuldner 11
als Kirchenpatron die völligen der Kirche aus der von D. Concursmaſſe gebührenden Zinſen von 355 Rthlr., mithin auch den Reſt von 113 Rthlr. von den N. Kaufgeldern abzuziehen ſchuldig geweſen, mithin, da er dieſe Schuldigkeit zu erfüllen unterlaſſen, er dieſe 113 Rthlr. aus ſeinem eigenen Vermögen zu bezahlen ſchuldig;

Dennoch aber und dieweil einem Kirchenpatron zwar das Recht zuſtehet, für die Erhaltung der Kirchengelder zu ſorgen, allein dieſes Recht ſo wenig bey einem Kirchenpatron, als bey einem jeden andern membro eccleſiae, dem dieſes Recht gleichfalls zukömmt,

L. 46. §. 6. *C. de epiſc. et cleric.*

mit einer Schuldigkeit für verknüpft zu halten, da die Rechte dieſe Schuldigkeit zwar den adminiſtratoribus der Kirchengüter, allein nirgends einem Kirchenpatron aufgeleget haben, mithin die Kirche wegen dieſer 113 Rthlr. ſich allenfalls an die damaligen adminiſtratores zu halten hat;

12 K.) Obgleich 1) es ſeine ohnſtreitige Richtigkeit hat, daß das Recht einer privilegiirten Hypothek nach dem Inhalt des

L. 7. C. qui potior. in pign.

einem creditori, der ad rem comparandam ſub ſpeciali hypotheca expreſſa creditiret, nur in dem Fall zuſtehet, wenn das zu dieſem Ende geliehene Geld auch wirklich ad rem comparandam verwandt worden;

im gegenwärtigen Fall aber 2) der Beweis dieſer Verſion nicht beygebracht zu ſeyn ſcheinen möchte, da der gemeine Schuldner zwar in der ausgeſtellten Obligation die Verſion dieſes Darlehns zum Ankauf des Guts bekannt, deſſen bloßes Geſtändniß aber im Concurſe gegen die anderen Gläubiger zum Beweiſe nicht für zureichend zu halten;

und hieraus 3), daß dem Liquidanten entweder zum Behuf des behaupteten priuilegii praelationis noch erſt eine rechtliche Beſcheinigung der geſchehenen Verſion aufzulegen oder wenigſtens diejenigen creditores, welche die verſionem ihres crediti ad rem emendam durch ein documentum verſionis bewieſen, vorzuſetzen, es das Anſehen gewinnen möchte;

13 Dennoch aber und dieweil 1) die Verſion des zu einem beſtimmten Zweck geliehenen Geldes nicht bloß naturali probatione durch Zeugen und Urkunden, ſondern auch artificiali probatione ex circumſtantiis negotii bewieſen werden kann, non adeo rigidus eſſe debet iudex, vt ocularem ſemper et neceſſariam probationem exigat, ſicuti in aliis difficilioribus probationibus ita et hic coniecturas et praeſumtiones admittere poteſt;

STRYK *de proband. verſione credit. c. 4. §. 14.*

und 2) dahin vornämlich der Umſtand zu rechnen, wenn dasjenige, worzu der Schuldner das Geld aufgenommen, nach erhaltenem Darlehn von ſelbigem ſogleich wirklich berichtiget worden;

arg.

arg. L. 7. pr. D. de exercit. act.

MENOCHIUS *de arbitr. iud. quaeſt. Lib. 2. cent. 5. caſ.* 432. *Nr.* 38.

Idem de praeſumt. Lib. 3. praeſumt. 55. Nr. 8.

NATTA *conſil. T. 3. conſil. 547. Nr. 21.*

BERLICH *Part. 1. concluſ. 65. Nr. 135.*

CARPZOV *Part. 1. conſtit. 28. def. 106. Nr. 5.*

RICHTER *de iure et priuileg. credit. Cap. 3. ſect. 3. Nr. 17. ſq.*

Daneben 3) im gegenwärtigen Fall die Verſion des ad praedium emendum geliehenen Geldes nicht nur durch das in der Obligation enthaltene Geſtändniß des gemeinen Schuldners bezeuget wird, welches Geſtändniß, da es lange ante motum concurſum und zu einer Zeit, da der gemeine Schuldner ſich noch in guten Umſtänden befunden, geſchehen, allerdings auch gegen deſſen Gläubiger vim probandi hat;

Ludovici Einleit. zum Concursproceß *cap.* 6. §. 3.

ſondern auch 4) die Wahrheit dieſes Geſtändniſſes ipſo facto dadurch, daß vom gemeinen Schuldner nach erhaltenem Dahrlehn ſofort in termino Kaufgelder bezahlt worden, beſtärket wird;

und 5) in Rechten nicht verſehen, daß eine naturalis probatio verſionis das Recht des Vorzuges vor einer probatione artificiali ertheilen ſolle;

L.) Obwohl 1) die dem Brautſchatz in Rechten ertheilte privilegiirte Hypothek mit andern gleichfalls privilegiirten Hypotheken nach dem Alter der Hypotheken zu collociren,

Nov. 97. c. 3.

und 2) das Alter der mit dem Brautſchatz der verſtorbenen Ehefrau des gemeinen Schuldners verknüpften Hypothek nicht von der Zeit der unter dem 19. Iul. 1754 errichteten Ehepacten zu rechnen, ſondern von der Zeit der nach den

ad Nr. 10. actor. Nr. 2. et 3.

beygebrachten Quitungen vom 23. Ian. und 26. Ian. 1756 geſchehenen Auszahlung gerechnet werden möchte,

arg. L. 11. pr. D. qui potior in pign.

L. 8. C. eodem,

und daraus, daß dieſer Brautſchatz den Schuldforderungen der Gläubiger welche ſchon in termino Trinitatis 1755. ad praedium emendum ſub hypotheca ſpeciali creditiret, nachzuſetzen ſey, geſchloſſen werden möchte;

14 Dieweil aber dennoch 1) das Alter der mit der Reſtitution des Brautſchatzes verknüpften Hypothek nicht von der Zeit der wirklichen Auszahlung des Brautſchatzes, ſondern a tempore contractae obligationis ad dotem ſoluendam

L. 1. pr. D. qui potior. in pign.

mithin wenn der Brautſchatz ante matrimonium contractum verſprochen worden, a die contracti matrimonii zu rechnen,

LEYSER *ſpec. 226. med. 6.*

da die numeratio promiſſae dotis nicht pro numeratione voluntaria, bey welcher die Hypothek a momento numerationis angehet,

L. 4. D. quae res pign. vel. hyp.

ſondern pro numeratione neceſſaria zu halten;

cit. L. 1. pr. D. qui potior. in pign.

einfolglich 2) das Alter der dieſen Ehegeldern zuſtehenden Hypothek nicht von der in termino Antonii 1756 geſchehenen Auszahlung, ſondern von der Zeit der ſchon vorher vollzogenen Ehe anzurechnen;

Dannenhero 3) in ſofern die in den Ehepacten vom 19. Iul. 1754. erwähnte Ehe ante terminum Trinitatis 1755. wirklich vollzogen worden, dieſe Hypothek den in termino Trinitatis 1755 conſtituirten privilegiirten Hypotheken ohnſtreitig vorgeſetzt werden muß;

15 M.) Obſchon 1) das priuilegium der Hypothek eines Gläubigers, der ad rem emendam creditiret, billig auf den Fall einzuſchränken, wenn der creditor re adhuc integra ante venditionem per traditionem conſummatam dem Käufer das Geld geliehen, und auf den Fall, wenn dieſes Darlehn erſt poſt venditionem iam conſummatam zur Bezahlung der noch ſchuldigen Kaufgelder dem Käufer gegeben worden zum

Nach-

Nachtheil älterer creditorum, die an der Sache, ſobald ſie der Käufer acquiriret, eine Hypothek erhalten, nicht erſtreckt werden mag;

RICHTER *de iure et priuileg. credit. Cap.* 3. *ſect.* 4. *Nr.* 23. *ſq.*

CARPZOV *Part.* 1. *conſtit.* 28. *def.* 108.

Mithin 2) im gegenwärtigen Fall, da der Kauf des Guts bereits den 14. Iun. 1754 geſchloſſen, und dieſes Darlehn dem gemeinen Schuldner erſt in folgendem Jahre zur Bezahlung der ſchuldigen Kaufgelder geliehen worden, das behauptete priuilegium dieſer Hypothek bezweifelt werden möchte;

Dennoch aber und dieweil 1) vermöge des dem gemeinen Schuldner ausgefertigten Kaufcontracts ihm das Eigenthum des Guts durch den Verkauf und die darauf erfolgte Uebergabe nicht überlaſſen, ſondern vielmehr ausdrücklich bis nach völlig bezahlten Kaufgeldern reſerviret worden; 16

Mithin 2) die Gläubiger, welche ihm zur Bezahlung der ſchuldigen Kaufgelder creditiret, das Geld re adhuc integra ad rem comparandam ſeu ad dominium eius adquirendum hergeliehen, und daher ipſorum pecunia rem comparatam eſſe natürlich behauptet werden muß, einfolglich nach den Worten des

L. 7. *C. qui potior. in pign.*

ihr priuilegium praelationis keinem Zweifel unterworfen iſt;

N.) Obzwar actor communis gegen die von der Liquidantin 17

Nr. 7. *Faſc. actor. Actoris commun. c.* Cammerjunkern von *G.*

beygebrachte Beſcheinigung der wirklichen Illation ihrer dotalium von 1600 Rthlr. N. ⅔ erinnert,

wasmaſſen 1) Liquidantin nur bloße Copey von der dem Secretario N. gegen die den 17. Ian. 1769 geſchehene Auszahlung ihrer mütterlichen Gelder von 600 Rthlr. N. ⅔ und des mit ihrem Bruder dem Hauptmann von B. auf 90 Rthlr. in altem Golde verliehenen agio wegen der vom Penſionario F. den 17. Ian. 1769 gegen eine Ceſſion und Quitung in altem Golde geſchehenen Auszahlung ihrer väterlichen Erbportion von 1000 Rthlr N. ⅔ ertheilten Ceſſion und Quitung beygebracht, die zum Beweiſe für zureichend nicht zu halten;

Ueber-

Ueberdem auch 2) über die wirkliche Auszahlung dieſer Gelder keine beſondere Quitungen produciret worden;

und 3) die Richtigkeit der Quitungen nicht durch Zeugen beſtärket worden, ohne welche eine Quitung über die Auszahlung eines Brautſchatzes keinen fidem habe;

LEYSER *ſpec.* 320. *med.* 4.

Dieweil aber dennoch 1) aus den von der Liquidantin

ad Nr. 12 *dicti faſc. actor. Lit. A.*

beygebrachten Notariatsinſtrumente erhellet, daß actor communis den 19 Iun. 1775. die ihm in originali vorgelegten dem Secretario N. ausgeſtellten ceſſiones und Quitungen, ingleichen den 4. Iul. 1755 die ihm in originali vorgelegte, dem Penſionario F. ausgeſtellte Ceſſion und Quitung nebſt den darüber ausgeſtellten agnitionibus des Hauptmanns von B. de termino Trinit. 1769 recognoſciret;

und 2) dieſe Liquidantin nebſt ihrem Ehemann einem Dritten über die geſchehene Auszahlung der ihr von ihrem Bruder gebührenden väterlichen und mütterlichen Gelder ausgeſtellte ceſſiones und Quitungen die Wahrheit der geſchehenen Auszahlung zur Nothdurft beweiſen, ohne

18 daß weitere Quitungen, die ſchon in den inſtrumentis ceſſionum enthalten ſind, oder auch Zeugen, die man bloß, wenn ein Ehemann demjenigen, der ihm einen Brautſchatz verſprochen, ſolchen quitiret, zu verlangen pflegt,

LEYSER *loc. cit.*

zum Beweiſe für nöthig zu achten;

Einfolglich 3) die Richtigkeit der geſchehenen Illation ſo wenig eines weiteren Beweiſes als eines iuramenti ſuppletorii bedarf;

19 O.) Obgleich einestheils Liquidanten dieſe liquidirten Poſten als dotalia anſehen, und daher in Anſehung derer das priuilegium der zweyten Claſſe urgiren, anderntheils die mit dieſen Poſten als mit paraphernalibus a tempore factae illationis verknüpfte hypotheca tacita

L. vlt. C. de pact. conuent.

von bewährten Rechtsgelehrten für eine bloße Privathypothek gehalten werden will,

arg.

arg. L. 10. *D. qui potior. in pign.*

BERGER *oecon. iur. Lib.* 2. *tit.* 5. §. 8. *not.* 5.

welche mit andern hypothecis ſimplicibus priuatis nach dem Alter zu collociren;

Dennoch aber und dieweil einestheils nach deutlichem Inhalt des §. 4. der

ad Nr. 10. *actor. Nr.* 1.

befindlichen pactorum dotalium vom 19. Iul. 1754 bloß die angegebenen 6000 Rthlr. bona dotalia, alle übrigen Güter der Ehefrau aber paraphernalia seyn ſollen, mithin dieſen Poſten die behauptete qualitas dotalis nicht beygeleget werden mag, anderntheils wenn gleich de iure Pandectarum den hypothecis neceſſariis kein Recht des Vorzugs vor hypothecis voluntariis zuſtehet, dennoch de iure Codicis ob rationem

L. 11. *C. qui potior in pign.*

nach welchem publiquen Hypotheken ob rationem fidei publicae ein Vorzug vor Privathypotheken ertheilt worden, dieſes Recht des Vorzugs auch auf hypothecas publicas neceſſarias mithin auf hypothecas tacitas von andern bewährten Rechtsgelehrten billig erſtreckt wird;

LEYSER *ſpec.* 226. *med.* 1.

P.) Obſchon Liquidanten die Richtigkeit dieſer fünf Poſten zur Nothdurft beygebracht zu haben vermeinen, 21

angeſehen quoad a) eine Copey der von R. Obligation in termino liquidationis

ad Nr. 10. *actor. Nr.* 4.

produciret, auch ein Zeugniß des von R. vermuthlich ad acta gebracht worden, quoad b) einestheils die

ad Nr. 84. *Faſc. actor. Actoris communis c.* den Rath *F. qualitis curat.* von *G.* Minorennen

producirte Copey der vom Kloſter vom Mart. 1762 ausgeſtellten Obligation ausdrücklich bezeuge, daß die 2000 Rthlr. aus den Ehegeldern der verſtorbenen Ehefrau geliehen worden, ſo wie die geſchehene Wiederbezahlung wegen der beym Kloſter befindlichen durchſchnittenen Original-

 obliga-

obligation keinem Zweifel unterworfen, anderntheils der gemeine Schuldner

Nr. IIa. faſc. actor. in puncto vſusfr.

dieſes Capital von 2000 Rthlr. dem Kloſter aus den Geldern ſeiner Ehefrau geliehen zu haben, ſelbſt geſtändig iſt, und nur behaupten will, 1000 Rthlr. zu dieſem Capital von dem gehobenen ſalario ſeines Schwiegervaters von 800 Rthlr. und von den zu 200 Rthlr. verwechſelten Schauſtücken ſeiner verſtorbenen Ehefrau, nicht aber, wie Liquidanten vorgegeben, von vorgefundenen 1200 Rthlr. ſeines verſtorbenen Schwiegervaters genommen zu haben,

quoad c) daß der gemeine Schuldner nach ſeines Schwiegervaters Tode 1200 Rthlr. vorgefunden, und nach Abzug der davon zum D. Capital genommenen 1000 Rthlr., 200 Rthlr. zurückbehalten, den Liquidanten weiter zu erweiſen nicht obläge, ſondern durch ein vom ge- meinen Schuldner zu edirendes inventarium oder eidliche Specification der maternorum beſtärket werden müſſe;

quoad d) nicht nur das bereits angeführte Geſtändniß des gemeinen Schuldners vorhanden, ſondern auch

ad Nr. 84. faſc. actor. Actoris commun. c. den Rath *F.* ꝛc.

eine Copey der an die Herzogliche Rentey unter dem 24. Dec. 1760 ausgeſtellten Quitung produciret worden;

und quoad e) der gemeine Schuldner

Nr. IIa. faſc. actor. in puncto vſusfructus

dieſen Poſten eingeſtanden;

Dieweil aber dennoch Liquidanten die Richtigkeit dieſer liquidirten paraphernalium beſſer, wie geſchehen, binnen Ordnungsfriſt beyzubringen ſich nicht entbrechen mögen,

anerwogen quoad a) daß bey dem von R. ein B. Capital von 2000 Rthl. geſtanden, durch die beygebrachte bloße Copey von deſſen Obligation auf keine Weiſe für beſcheiniget zu halten, und daß der gemeine Schuldner dieſes Capital von dem von R. gehoben, noch weniger bisher beſcheiniget worden, da nicht nur ein angeführtes Zeugniß des von R. in

den

den Acten nicht befindlich iſt, ſondern auch als ein ohne Eid erſtattetes Zeugniß nicht einmal ſemiplenam probationem wirken würde;

quoad b) daß der gemeine Schuldner dem Kloſter D. das liquidirte Capital von 2000 Rthlr. aus den von ſeinem Schwiegervater nachgelaſſenen Geldern geliehen, ſo wenig durch das in einer producirten Copey der vom Kloſter ausgeſtellten Obligation enthaltene Zeugniß, als durch das angeführte bloße Geſtändniß des gemeinen Schuldners, worüber Actor communis auch noch nicht gehöret worden, für rechtlich beygebracht zu achten;

quoad c) der gemeine Schuldner

Nr. IIa. faſc. actor. in puncto vſusfr.

das Vorgeben der Liquidanten wegen der vorgefundenen 1200 Rthlr. und deren Reſtes von 200 Rthlr. conſtantiſſime negiret, mithin Liquidanten deſſen Richtigkeit ſowohl gegen ihn, als gegen den Actorem communem, zu beſcheinigen haben, bey welcher Beſcheinigung einer noch erſt vom gemeinen Schuldner zu edirenden eidlichen Specification der maternorum ſich mit zu bedienen, ihnen unbenommen bleibt;

quoad d) das *pendente concurſu*

geſchehene bloße Geſtändniß des gemeinen Schuldners für ſeine Kinder gegen die Gläubiger zur Beſcheinigung nicht zureichet, und die Quitung der Herzoglichen Rentey einestheils bloß in Copey ad acta gebracht worden, anderntheils nur von 400 Rthlr. redet;

und quoad e) das während des Concurſes vom gemeinen Schuldner in den gegen ſeine Kinder in puncto vſusfructus verhandelten Acten geſchehene Geſtändniß für ſolche um ſo weniger gegen die Gläubiger zur Beſcheinigung für zureichend zu halten, je weniger Actor communis über dieſen Poſten, der in termino liquidationis nicht mit angegeben worden, ſich in Acten zu erklären Gelegenheit gehabt;

Q.) Obwohl einestheils Herzogliche Cammer wegen des liquidirten Pachtrückſtandes das priuilegium der zweyten Claſſe behaupten, anderntheils Actor communis der Herzoglichen Cammer blos an denjenigen Gütern, welche der gemeine Schuldner als Pächter gehabt, und welche Herzogliche Cammer bereits zu ſich genommen, zugeſtehen will, und wenigſtens, wenn auch eine ſtillſchweigende Hypothek auf andere Güter

zu extendiren, ſolche doch nur als eine Privathypothek nach dem a tempore contractus zu rechnenden Alter mit andern hypothecis ſimplicibus priuatis zu collociren ſeyn möchte;

22 Dennoch aber und dieweil 1) der Herzoglichen Cammer, als dem Fiſco, ohnſtreitig eine hypotheca tacita generalis an allen Gütern des gemeinen Schuldners, er mag ſie als Pächter gehabt haben oder nicht, zuſtehet;

L. 46. §. 3. D. de iure fiſci

Daneben 2) dieſe Hypothek, da ſie bloß eine ex contractu herrührende Privatſchuld betrifft, zwar in Anſehung der vom Schuldner poſt hunc contractum adquirirten Güter mit einem priuilegio verſehen iſt,

L. 28. D. de iure fiſci

in Anſehung der vorher adquirirten Güter aber dergleichen priuilegium praelationis in Rechten nicht erhalten hat;

L. vlt. pr. D. qui potior. in pign.

Indeſſen 3) aus den ad Lit. O. angeführten Gründen als eine hypotheca publica neceſſaria das Recht des Vorzugs vor ſimplen Privathypotheken hat, und nach der in Acten nicht angegebenen Zeit des geſchloſſenen Pachtcontracts mit den ſtillſchweigenden Hypotheken der Kinder in Anſehung ihrer paraphernalium, welche a die illationis anzurechnen, und der vom 25. Iul. 1764 zu rechnenden ſtillſchweigenden Hypothek der von H. Curatel, billig collociret werden muß;

R.) Obwohl Actor communis den Liquidanten die Einrede entgegenſetzet; daß ſie zuförderſt die von ihrem Erblaſſer geführte Kirchenrechnung juſtificiren, und beſonders 142 Rthlr. als aus dem von D. Concurſe ihm ausgezahlte, aber nicht in Rechnungen aufgeführte Zinſen der N. Kirche berechnen müßten;

23 Dennoch aber und dieweil dieſe Einrede offenbar de iure tertii iſt, welche wohl der Kirche zu N. aber nicht den gemeinen Schuldner und deſſen Gläubigern zuſteht, und gegen einen creditorem ein debitum actiuum tertii ohne vorhergegangene Ceſſion auch nicht einmal mit Einwilligung des tertii zur Compenſation gebraucht werden mag;

L. 18. §. 1. D. de compenſat.

mithin dieſe Einrede für unſtatthaft zu achten;

S) Ob-

8.) Obzwar das priuilegium perſonale der ſämmtlichen in quarta claſſe collocirten Gläubiger aus dem Grunde, daß kein Geſetz, worinn ihnen ſolches ausdrücklich ertheilt worden, vorhanden, bezweifelt werden möchte;

Dennoch aber und dieweil vſu fori ob rationem aequitatis naturalis 24
allen Gläubigern, qui ſingularem aequitatis, pietatis et miſericordiae rationem pro ſe habent, das priuilegium perſonale der vierten Claſſe beygeleget wird,

LEYSER *ſpec.* 487. *med.* 7.

und daher quoad 1) dieſes priuilegium den alimentis, zu welchen die liquidirten Abfindungsgelder zu rechnen, ohne Zweifel zuſtehet;

CARPZOV *Pvrt.* 1. *conſtit.* 28. *def.* 152.

RICHTER *de iure et priuil. credit. cap.* 5. *Nr.* 26

quoad 2) aus gleichem Grunde es auch auf Arbeits- und Tagelohn extendiret wird;

STRYK *ad* BRVNNEMANN *concurſ. credit. cap.* 5. §. 65.

BALTHASAR *de claſſific. credit. Part.* 2. *Sect.* 2. *cap.* 4. *Nr. XII.*

quoad 3) die auf das Gut N. angeblich verwandten Koſten rationem crediti ad rem reficiendam et conſeruandam haben, welches den Rechten nach für privilegiirt zu halten;

L. 26., *L.* 34. *D. de reb. auct. iud. poſſid.*

quoad 4) des Liquidanten Vorſchuß rationem pecuniae ſine vſuris creditae hat, ſo gleichfalls für privilegiret gehalten wird;

RICHTER *loc. cit. Nr.* 28.

LEYSER *loc. cit. med.* 4.

quoad 5) den Apothekern wegen gelieferter Medicin dieſes priuilegium beygeleget wird;

BALTHASAR *loc. cit. Nr. X.*

und quoad 6) ein gleiches in Anſehung der vom gemeinen Schuldner genoſſenen Alimenten ſtatt findet;

LEYSER *ſpec.* 484. *med.* 5.
BALTHASAR *loc. cit. Nr. VII.*

25 T.) Obſchon die Pathengelder der Kinder ohnſtreitig ad bona aduentitia ordinaria gehören, auch verſchiedene Rechtsgelehrte den Kindern in Anſehung der aduentitiorum ordinariorum überhaupt ein ius tacitae hypothecae in bonis patris beylegen wollen,

L. 6. §. 4. C. de bonis quae lib.
arg. L. 20. C. de adminiſtr. tutor.
BALTHASAR *loc. cit. cap.* 3. *pag.* 76.

und daher Liquidanten auch wegen dieſes Pachtgeldes ein ius hypothecae tacitae behaupten wollen;

Dieweil aber dennoch 1) kein Geſetz vorhanden, welches den Kindern wegen ihrer aduenitiorum eine tacitam hypothecam an den Gütern des Vaters ertheilet, wenn es nicht aduentitia ſind, die ihnen von der Mutter entweder durch die zweyte Ehe des Vaters, oder als Güter weswegen die Mutter ſchon eine tacitam hypothecam gehabt, zugefallen;

vielmehr 2) im

L. 6. §. 2. C. de bon. quae liber.

ausdrücklich verordnet worden, daß de Kindern ratione aduentitiorum keine tacita hypotheca zuſtehen ſoll;

mithin 3) dieſe Hypothek durch den

L. 6. §. 4. C. de bon. quae lib.

um ſo weniger begründet werden mag, je deutlicher in dieſem §pho keine neue Hypothek conſtituiret, ſondern bloß der terminus a quo der ſchon vorher beſtimmten Hypothek determiniret wird;

auch 4) das Argument aus dem

L. 20. C. de admin. tutor.

auf einen Vater, der die aduentitia iure patriae poteſtatis, und keinesweges iure tutoris, adminiſtriret, nicht gezogen werden;

Und daher 5) die Pathengelder der Kinder als ein creditum ſimplex chirographarium anzuſehen;

LAVTERBACH *coll. theor. pract. tit. in quib. cauſſ. pign.* §. 57.

V.) Ob=

U.) Obzwar Liquidanten dieſe Forderung als ein creditum piae 26
cauſſae anſehen, und daher nach der Meklenburgiſchen Landesverordnung vom 6. Febr. 1644 in Anſehung derſelben einen Vorzug vor allen auch privilegiirten hypothecariſchen Gläubigern behaupten wollen;

Dennoch aber und dieweil die Früchte des Pfarrlandes dem Prediger und nicht der Kirche gehören, und was ein Prediger aus einem wegen der ihm gehörigen Früchte mit einem tertio geſchloſſenen Contract zu fordern hat, blos ein creditum des Paſtoris und kein creditum eccleſiae iſt;

V.) Obwohl Liquidant wegen dieſer Forderung ein ius dominii urgiren, und daher ſeine Befriedigung iure ſeparationis fordern will;

Dieweil aber dennoch Liquidant die angegebenen Hammel und Schafe nicht in ſpecie vindiciret, ſondern deren ſubſidiariam aeſtimationem fordert dergleichen Forderung aber für ein creditum ſimplex chirographarium zu halten;

X.) Obgleich einestheils die von H. Curatel und der Gerichtsverwalter F. ſich auch in Anſehung der Zinſen, welche ſie von den vom gemeinen Schuldner als ein zinsbares Capital übernommenen von D. Zinſen fordern, ein ius ſeparationis anmaaßen möchten, anderntheils die Zinſen von dieſen zum Capital geſchlagenen Zinſen entweder als gar nicht gebührende vſurae vſurarum, oder höchſtens als nur iurae ſimplicis hypothecae gebührende Zinſen angeſehen werden möchten;

Dennoch aber und dieweil 1) der gemeine Schuldner den Liquidan- 28
ten die ihnen gebührenden von D. Zinſen nicht als bey ihm wie rückſtändige Zinſen ſtehende Gelder, ſondern als einen Theil der zu bezahlenden Kaufgelder ſchuldig geweſen, mithin, da er facta nouatione die von den Kaufgeldern zu bezahlende Summe des von D. Capitals und Zinſen als ein neues zinsbares Capital übernommen, die von D. Zinſen als von den Kaufgeldern bezahlt und als ein neues von G. zinsbares Capital zu betrachten, einfolglich ein unerlaubter anatocismus ſich hier nicht gedenken läßt;

arg. L. 10. §. 3. D. mandat.

COCCEII *iur. contr. Tit. de vſur. qu.* 11. *Nr.* 11.

Daneben

Daneben 2) die von den Liquidanten bey der Novation reſervirte von D. Hypothek zwar auf das von D. Capital als Capital, mithin auch natürlich auf die davon gebührenden weiteren Zinſen, allein auf die tempore factae nouationis rückſtändige Summe der von D. Zinſen nur als auf noch ſchuldige Zinſen gehet, von welchen als von Zinſen keine weitere Zinſen gerechnet werden dürfen, einfolglich, wenn der gemeine Schuldner ex alia cauſſa davon, als von einem neuen von G. Capital, Zinſen zu bezahlen ſchuldig geworden, ſolche nicht ex iure reſeruatae hypothecae, ſondern blos ex noua debitoris communis obligatione et ex adiecta hypotheca noua gefordert werden mögen;

Indeſſen 3) Liquidanten dadurch, daß ſie dem gemeinen Schuldner die von den Kaufgeldern zu bezahlenden von D. Zinſen in termino ſolutionis als ein neues Capital ſub hypotheca ſpeciali des Guts N. creditiret, in der That die Summe dieſer Zinſen ad rem comparandam ſub hypotheca ſpeciali creditiret, und daher wegen der dafür zu fordernden Zinſen ein ius hypothecae priuilegiatae erhalten haben, vermöge deſſen ſie mit dieſen Zinſen nach dem Alter der ihnen ausgeſtellten neuen Obligation zu lociren:

29 Y.) Obſchon der Geheimerath von Sch. in einem

Nr. 20. *faſcic. ſeparat. act.*

befindlichen exhibito vom 9. Ian. 1776. von dem Conſiſtorialrath R. die Erſtattung der durch den angefangenen Prioritätsſtreit ihm verurſachten Koſten aus dem Grunde verlanget, daß dieſer, ſtatt ſeine Duplicſchrift ad acta zu bringen, ſich zwar erkläret mit dem übrigen Gläubigern in der Sache communem cauſam machen zu wollen, allein nachher an dem von dieſen übergebenen exhibito keinen Antheil genommen, und alſo dem Liquidanten durch den Prioritätsſtreit unnöthige Koſten verurſachet;

Dennoch aber und dieweil 1) der Conſiſtorialrath den angefangenen Prioritätsſtreit nicht liegen laſſen; ſondern, wenn er gleich an dem von den übrigen creditoribus übergebenen exhibito keinen Antheil genommen, dennoch nach

Nr. 44. *actor. dict. faſcic.*

unter

unter dem 25. May 1756 ſeine Duplicſchrift übergeben, und dieſen Prioritätsſtreit durch die auf Liquidantens triplicas verhandelten quadruplicas fortgeſetzet;

auch 2) in dieſem Prioritätsſtreit pro temerario litigatore um ſo weniger zu achten, je weniger Liquidantens Anwald das behauptete ius ſeparationis aus den wahren und richtigen von uns ad Lit. D. angeführten Rechtsgründen deduciret, und daher zur Erſtattung der Koſten nicht vertheilet werden mögen;

Z.) Obzwar Liquidant der Meinung iſt, daß der gemeine Schuldner die liquidirten drey Poſten der Kirche zu bezahlen verbunden,

in Betracht, daß, quoad a) zwar deſſen Vater, da er das Gut 30
Pachtsweiſe beſeſſen, das Wittwenhaus zu N. an den dortigen Windmüller vermiethet, allein dieſe Vermiethung als Pächter, mithin nomine des gemeinen Schuldners verrichtet, und die Miethe gehoben;

quoad b) die liquidirten 69 Rthlr. 23 ß. ein Reſt von den 100 Rthlr. 23 ß. Kirchengeldern wären, welche vermöge der Kirchenrechnung vom Jahr 1769 auf dem gutsherrlichen Hofe geblieben,

und quoad c) die Gelder für das im Jahre 1770 gebauete Kirchenkorn dem gemeinen Schuldner daher zur Laſt fallen müßten, daß der Patron oder deſſen Pächter beſtändig die Korneinnahme gehabt;

Dennoch aber und dieweil dieſe ſämmtlichen drey Poſten Forderungen ſind, die der Kirche zwar gegen den Vater des gemeinen Schuldners, modo deſſen Erben, aber nicht gegen den gemeinen Schuldner zuſtehen,

anerwogen quoad a) der Vater als Pächter des Guts das Wittwenhaus dem Windmüller für ſich, allein nicht Namens ſeines Sohns auf eine von ſelbigem erhaltene und beygebrachte Vollmacht vermiethet, mithin dadurch die gehobene Miethe der Kirche aus ſeinem Vermögen zu erſtatten verbunden werden;

quoad b) die Summe der Kirchengelder von 100 Rthlr. 23 ß. zwar auf dem gutsherrlichen Hofe, und alſo in der Verwahrung des Pächters geblieben, allein, daß der gemeine Schuldner ſolche zu ſich genommen, ſo wenig behauptet, als bewieſen worden, mithin der Pächter, der ſelbige bey ſich behalten, ſolche pro parte reſidua zu reſtituiren ſchuldig bleibt;

und quoad c) die Kirche die Gelder für das Kirchenkorn vom Jahr 1770 von dem Vater des gemeinen Schuldners, dem der Kirchenvorſteher W. ſie zugeſtellet zu haben verſichern will, um ſo mehr zurückfordern muß, je weniger das Vorgeben, daß der Patron, oder Namens deſſen der Pächter dieſe Hebung gehabt, beſcheiniget worden;

AA.) Obwohl die Liquidanten in den Ehepacten ihrer verſtorbenen Mut-
31 ter ſub hypotheca bonorum verſchriebene Morgengabe von 500 Rthlr.
iure ſimplicis hypothecae in der dritten Claſſe zu fordern ſich berechtiget
halten wollen,

indem 1) dergleichen ſub hypotheca bonorum geſchehene Verſchreibung nach gemeinen Rechten ohnſtreitig für beſtändig zu halten;

auch 2) der Gültigkeit dieſer Verſchreibung die in der

Hofgerichtsordnung *Part.* 2. *tit.* 45. §. **Und wenn der Schuldner ꝛc.**

enthaltene Verordnung um ſo weniger entgegen ſtehe, je deutlicher ſolche blos von der landüblichen Beſſerung und nicht von der Morgengabe rede;

Dieweil aber dennoch 1) nach den deutlichen Worten der angeführten

Hofgerichtsordnung *Part.* 2. *tit.* 45. §. **Und wenn der Schuldner ꝛc.**

eine Ehefrau im concurſu creditorum allein ihren eingebrachten Brautſchatz, dafern ſie zuförderſt beweislich und wie rechtens genugſam darthut, daß derſelbe realiter numeriret ſey, zu fordern haben ſoll;

mithin 2) durch dieſe Verordnung einer Ehefrau unter dem Namen der landesüblichen Beſſerung alle aus dem Vermögen eines gemeinen Schuldners ihr zum Nachtheil der Gläubiger verſchriebenen emolumenta um ſo mehr für denegirt zu achten, je deutlicher ſie allein ihre erwieſene illata und weiter nichts zurück zu fordern berechtiget ſeyn ſoll;

MOELLER *vſu pract. diſtinct. feud. cap.* 21. *diſtinct.* 5.

auch 3) Liquidanten kein praeiudicium, wo im Mecklenburgiſchen von dieſer allgemeinen Regel eine verſchriebene Morgengabe ausgenommen worden, beygebracht;

BB.) Obgleich Liquidantin wegen eines ihr den 4. Octob. 1769 in der 32
N. St. Kirchenlotterie zugefallenen Gewinnſtes von 200 Rthlr. ſich nicht nur das Recht, dieſen Gewinnſt als ein aduentitium ordinarium aus dem Concurſe ihres Vaters zu fordern, ſondern auch ein ius hypothecae tacitae vom 30. Iul. 1758, als von dem Tage ihrer Geburt an, anmaaßen will;

Dennoch aber und dieweil 1) der Vater den Einſatz für Liquidantin aus ſeinem Vermögen gethan, mithin, wenn er auch die Abſicht gehabt, ſeiner Tochter den Gewinſt zu laſſen, dieſes doch ohnſtreitig für eine vom Vater einer filiaefamilias geſchehene Schenkung zu halten, die bekannten Rechten nach, ſo lange ſie nicht durch eine Emancipation oder durch den Tod des Vaters bekräftiget worden, für zu Recht beſtändig nicht gehalten werden mag;

L. 31. §. 2. *D. de donat.*

L. 25. *C. de donat. inter vir. et vxor.*

Dannenhero 2) dieſe 200 Rthlr. ſo wenig rationem peculii aduentitii ob inualiditatem donationis, als peculii profectitii, welches doch ein Eigenthum des Vaters ſeyn würde, ob non conceſſam ſeparatam adminiſtrationem haben mögen;

Ueberdem 3) wenn auch dieſe 200 Rthlr. rationem peculii aduentitii haben möchten, dennoch der Liquidantin in Anſehung deren aus den ad Lit. T.) angeführten Gründen kein ius hypothecae tacitae, ſondern ein ius ſimplicis crediti chirographarii zuſtehen würde;

Als ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, allenthalben zu erkennen bewogen worden.

DECISIO LI.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Receptores pecuniarum publicarum inferioris ordinis iure communi tenentur nummos ipſis ſolutos quantocius ad caſſam generalem mittere; At quaeſtor generalis vi officii pecuniam publicam tantum cuſtodit, eamque paratam habet, dum ipſi iuſſus ad faciendam ſolutionem a ſuperioribus datur.

II. Qui alienam pecuniam de facto in vſus ſuos conuertit, inprimis ſi perſonam tutoris vel curatoris gerit intuitu eius, cuius pecunia vtitur, ad vſuras ſoluendas merito obligatus cenſetur.

III. Depoſitarius, cui depoſitum pecuniae irregulare datum, pecunia vſus de iure procedit; neque ad vllas vſuras pro vſu pecuniae ſoluendas tenetur.

IV. Non poteſt dici moram admittere quaeſtor ad pecunias publicas recipiendas conſtitutus, cui formula rationem officii adminiſtrandi praeſcribens (die Amts-Inſtruction) ſaltim iniungit, vt ſingulis comitiis prouincialibus habendis paratus eſſe debeat ad rationes, ſi viſum fuerit ſtatibus prouincialibus, reddendas, ſi ipſe non vltro ad rationes reddendas et ſoluendum quod habet paratae pecuniae ſeſe obferat.

V. Qui ſortem ſine vſuris morae forte debitis ſibi ſolutam ſimpliciter adcepit, tantum abeſt, vt poſtea ad petendas vſuras morae ius agendi habeat, vt potius proteſtatio tempore factae ſolutionis ſortis de exigendis vſuris morae interpoſita ius de iis agendi fundare non poſſit.

SVM-

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

An obligationem ad ſoluendas vſuras adgnoſcat, qui determinationem initii vſurarum ſoluendarum ab actore poſtulat, quaeritur et negatur. n. 2. et 8.

Vtrum quaeſtor ad recipiendos reditus publicos conſtitutus ſit in mora, ſi rationes reddendas non offerat, quaeritur et negatur. n. 3. et 10.

Vtrum ad exemplum eorum, qui minoribus ſortem debent, mora ex re contrahatur ab eo, qui ad recipiendam pecuniam publicam eſt conſtitutus, ſi ſuperfluum reipublicae ſoluendum non offerat, quaeritur et negatur. n. 4. et 15.

Qui alienam pecuniam in ſuos vſus de facto conuertit, ad vſuras ſoluendas tenetur. n. 5.

Speciatim leges expreſſe tutores, qui pecunia pupillorum vtuntur, ad vſuras obligant. n. 6.

Qui melioris commatis nummos accepit, dato collybo detrimentum creditoris ſarcire tenetur. n. 7.

Nulla mora in ſubſtrato admiſſa adparet 1) intuitu rationum reddendarum n. 9.

Res publica, quae in exigendis rationibus a ſuis quaeſtoribus in mora fuit, fruſtra ad beneficium reſtitutionis in integrum prouocat. n. 11.

Neque 2) mora admiſſa dici poteſt intuitu indicandi ſuperflui. n. 12.

Neque 3) ratione ſoluendi ſuperflui mora commiſſa paret. n. 13.

Rationes, quare in dato caſu non liqueat quaeſtorem ſuperfluum in vſum ſuum conuertiſſe, enumerantur. n. 14.

Quaeſtor generalis rationem habet depoſitarii. n. 16.

Obſeruantia et tacitum in ea latens pactum impedit in dato caſu ius petendi vſuras. n. 17.

Creditor vſuras morae incidenter officii iudicis, non principaliter iure actionis poteſt petere. n. 18.

Neque ex veriore ſententia ſoluta ſorte per reſeruationem ius agendi ſibi quaerere poteſt ad petendas vſuras. n. 19.

Rationes, quare collybus non ſit ſoluendus, indicantur. n. 20.

Quare compenſationi expenſarum locus ſit, ratio redditur. n. 21.

U. ſ. D. z.

Hochwohlgebohrner Freyherr,
Hochgeehrteſter Herr.

Auf Klage, Antwort und ferneres Einbringen in Sachen der Landſtände des R. Erzſtifts C., Kläger an einem entgegen die in Acten benannten Erben des weyland Generaleinnehmers Rudolph Adolph von G., mit Ausſchließung ihres Miterben des jetzigen Generaleinnehmers Ferdinand Ioſeph Balthaſar von G., Beklagte

am andern Theil in puncto der Zinſen und des agio eines Rückſtandes von 19113 Rthlr. 48 Alb. 5⅔ Heller, ſo Ew. Hochwohlgebohrnen uns in den diesfalls ergangenen aus zweyen Voluminibus beſtehenden Acten zur Abfaſſung eines rechtsgegründeten Ausſpruchs zugeſandt, erkennen wir nach fleißiger deren Verleſung und collegialiter gepflogenen Erwägung vor Recht:

1 Daß Kläger Suchen nicht ſtatt hat, ſondern Beklagte von der angeſtellten Klage zu entbinden, die beyderſeits aufgewandten Unkoſten hingegen, aus bewegenden Urſachen, gegen einananader zu vergleichen und aufzuheben. V. R. W.

Entſcheidungsgründe.

Obwohl Kläger zu behaupten ſuchen, daß Beklagte von dem bereits bezahlten Rückſtande von 19113 Rthlr. 48 Alb. 5⅔ Heller, welcher ſich aus den von Beklagten erſt im Jahr 1774 abgelegten Rechnungen über den extraordinairen zum Behuf der Franzöſiſchen Contributionen, Preuſſiſchen Winterquartiere, Demolition der Auſſenwerke der Stadt Bonn u. d. g. erhaltenen Empfang ihres Erblaſſers des weyland Generaleinnehmers Rudolph Apolph von G., von den Jahren 1706 bis 1714 wie auch von den Jahren 1717 und 1719 ergeben, ſowohl die Zinſen vom Jahr 1721 an bis zum Jahr 1774, als auch das agio vor ihren Antheil, nachdem ihr Miterbe der jetzige Generaleinnehmer Ferdinand Ioſeph Balthaſar von G. ſich wegen des ihm zur Laſt fallenden vierten Theils bereits mit Klägern verglichen, zu bezahlen verbunden, und zur Begründung ihrer Intention anführen, wasmaaßen
2 A) die Zinſen anlangend, I) Beklagte ihre Verbindlichkeit ſie zu bezahlen, dadurch bereits nicht undeutlich anerkannt, daß ſie in ihrer Exceptionsſchrift deren terminum a quo zu wiſſen verlangt, welcher darauf in der Repliceſchrift vom Jahr 1721 um ſo billiger beſtimmt worden, da zu der Zeit auch alle Reſtanten bereits zur Bezahlung angehalten geweſen, hiernächſt II) dieſe Verbindlichkeit im gegenwärtigen Fall durch die auf mehr als eine Weiſe vom Erblaſſer der Beklagten und von den Beklagten ſelbſt begangene moram vor gegründet zu halten, angeſehen
3 1) nicht nur die geſammten Rechnungen über den extraordinairen Empfang, woraus dieſer Ueberſchuß ſich ergeben müſſen, vor dem Jahr 1774 nich

nicht offeriret, ſondern auch dieſer anſehnliche Ueberſchuß, den der Rechnungsführer und deſſen Erben aus den Rechnungen wiſſen können und müſſen, nicht gebührend angezeiget worden, welche Anzeige dem Rechnungsführer um ſo mehr obgelegen, da er gewußt, daß die Landſchaft zur Beſtreitung der nöthigen Ausgaben Gelder auf Zinſen aufnehmen müſſen, und gegen dieſe moram der von Beklagten urgirte Umſtand, daß ihr Erblaſſer 1709 die Rechnungen von den Jahren 1706 bis dahin offeriret, allein wegen Uneinigkeit der Landſtände nicht erhalten können, daß ſie receſſiret worden, in keine Betrachtung kommen möchte, indem a) die Streitigkeiten der Landſtände den Rechnungsführer nicht angiengen, auch b) ſchon ſeit mehreren Jahren ihre Endſchaft erreichet hätten, allein c) der Rechnungsführer ſeit dem Jahr 1709 keine weitere Rechnung offeriret, und d) die Landſtände, wenn ihnen der vorhandene Ueberſchuß bekannt geweſen wäre, nicht ermangelt haben würden, die Rechnungen abzunehmen, und über das reſiduum zu diſponiren, allenfalls e) der Landſchaft, die bekannten Rechten nach iura minorum habe,

L. 3. C. de iurn Reipubl.

L. 4. C. quib. ex cauſſ. maior.

gegen eine etwanige moram das beneficium reſtitutionis in integrum zu ſtatten kommen müßte,

weniger nicht 2) Beklagte nebſt ihrem Erblaſſer von der Zeit des bey ſelbigem vorhandenen Rückſtandes wegen deſſen unterlaſſener Abtragung und Berichtigung ohnſtreitig in mora ſoluendi ex re per interpellationem legis contracta geweſen, immaaßen a) die Gelder einer Landſchaft wegen der ihr zuſtehenden Rechte der Minderjährigen, als Gelder von Minderjährigen zu betrachten, deren nicht ſofort auch ohne vorhergehende Erinnerung erfolgte Bezahlung den Rechten nach eine moram involvire 4

L. 3. C. in quib. cauſſ. in integr. reſtit. neceſſ. non eſt.

auch b) beſonders den Einnehmern öffentlicher Gelder ſolche ſogleich und ungeſäumt abzutragen in Geſetzen namentlich befohlen worden,

L. 1. C. de can. largitional. tit.

überdem III) der eigenmächtige Gebrauch dieſer rückſtändigen Gelder, welchen der Beklagten Erblaſſer dadurch, daß die gehobenen Gelder nicht mehr in ſpecie vorhanden, ſich angemaaßt, und wodurch er ſich

zum

8 anerwogen A.) die Zinſen anlangend, I) Beklagte dadurch, daß ſie
in ihrer Exceptionsſchrift eine Beſtimmung des termini a quo der Zin-
ſen urgiret, keinesweges eine Verbindlichkeit ſie zu bezahlen anerkannt,
ſondern ſolche vielmehr ausdrücklich negiret, und bey der angeführten
Ueberzeugung, daß vor abgenommenen und receſſirten Rechnungen kein
rechtlicher terminus a quo vorhanden, die im Klaglibell ausgelaſſene
Beſtimmung eines vermeintlichen termini a quo; um deſſen Ungrund
deſto leichter zu zeigen, zu negiren gerechte Urſach gehabt;

Hiernächſt II) im gegenwärtigen Fall kein rechtlicher Grund vorhan-
den, woraus Beklagte die Zinſen dieſes Rückſtandes als vſuras neceſſarias
9 zu bezahlen vor ſchuldig zu halten; angeſehen, was erſtlich, quoad II) die
ihrem Erblaſſer und ihnen ſelbſt zur Laſt gelegte moram in Ablegung
der Rechnungen wie auch in Anzeige und Abtragung des Ueberſchuſſes
anbetrift, ſolche im vorliegenden Fall, vorkommenden Umſtänden nach,
nicht begründet werden können,

immaaſſen 1) die von Klägern vorgegebene mora in gebührender Ab-
legung der Rechnungen offenbar ungegründet iſt,

indem nicht nur a) Kläger nicht zu behaupten vermocht, daß ſie je
durch eine Interpellation den Generaleinnehmer oder deſſen Erben in
mora ex perſona conſtituiret,

10 ſondern auch b) eine mora ex re per interpellationem diei vel legis
hier nicht eintreten mag, da der Generaleinnehmer vermöge ſeiner

fol. 199. *act.*

beygebrachten Inſtruction zu keiner beſtimmten Zeit ſeine Rechnungen
zu offeriren verbunden geweſen, ſondern ſich blos gefaßt halten ſollen,
ſelbige auf allen Landtägen und von einem Landtag zum andern ſtatibus
zu communiciren, mithin eine Erinnerung der Landſtände wegen vor-
zulegender Rechnung geruhig erwarten mögen,

vielmehr c) der Generaleinnehmer dadurch, daß er im Jahr 1709 ſeine ex-
traordinaire Rechnungen vom Jahr 1706 bis dahin in der Vollſtändigkeit,
wie ſie endlich im Jahr 1774 würklich receſſiret worden geſtändigermaaßen
zur Abnahme offeriret, alles, was von ihm verlanget werden mögen, und
mehr, als wozu er nach ſeiner Inſtruction verbunden geweſen, gethan,

dagegen

Bayerische Staatsbibliothek München

dagegen d) die Landſtände dadurch, daß ſie dieſe übergebenen und richtig befundenen Rechnungen wegen eines unter ihnen entſtandenen Streits über einige tauſend Thaler, die vom Dohmcapitel einigen Städten aſſigniret geweſen, vermöge des

fol. 192. *act.*

befindlichen protocolli vom 27. Sept. und vom 1. Octobr. 1709 gebührend zu receſſiren ſich geweigert, und dadurch die Berichtigung der ſämmtlichen Landesrechnungen erſt bis im Jahr 1732, und darauf vom Jahr 1734 an, wegen einer andern Streitigkeit bis im Jahr 1739 ſelbſt verhindert, ohnſtreitig eine nicht zu entſchuldigende moram in gebuhrender Abnahme der vom Rechnungsführer fertig gehaltenen Rechnungen contrahiret, und ſich die Schuld daß ſolche nicht eher abgeleget und receſſiret worden, allein beyzumeſſen haben,

MASCARD *de probat. Vol.* 8. *concluſ.* 1256. *nr.* 13.
SCHWEDER *conſil. Tubingenſ. Vol.* 6. *conſil.* 23. *nr.* 39.

auch e) was von klagenden Landſtänden zur Ablegung ihrer morae angeführet worden, ihnen nicht zu Statten kommen mag, in Betracht daß quoad a) die Streitigkeiten der Landſtände den Rechnungsführer allerdings in ſo fern angegangen, daß ſie die gebührende Abnahme und Receſſirung der Rechnungen gehindert, quoad b) die Streitigkeiten der Landſtände nach Inhalt des protocolli vom 18. Dec. 1774

fol. 172. *b. act.*

im Jahr 1739 noch nicht ihre völlige Endſchaft erreichet, wenigſtens die Landſtände deren Endſchaft dem Rechnungsführer zum Behuf der Ablegung der Rechnungen nie gemeldet, quoad c) der Rechnungführer nach dem Jahr 1709 ſo wenig überhaupt als beſonders durante mora der Landſtände, die Abnahme der Rechnungen weiter zu urgiren verbunden geweſen, und doch zu ſeiner eigenen Beruhigung um die Berichtigung der Rechnungen vielfältig angehalten,

fol. 194. *ſq. act.*

quoad d) den Landſtänden in den im Jahr 1709 vorgelegten Rechnungen ein Ueberſchuß von 48340 Rthlr. 30 Alb. 10 Heller mit Inbegrif der Reſtanten deutlich vorgeleget worden

fol. 174. *act.*

mithin es ihre Obliegenheit geweſen wäre, die wahre Beſchaffenheit dieſes Ueberſchuſſes durch Abzug der Reſtanten zu beſtimmen, und quoad c) eine allenfallſige reſtitutio in integrum gegen dieſe vorſetzliche moram nach Verlauf einer ſo langen Zeit nicht nur unzuläßig, ſondern auch um ſo mehr unnütz ſeyn würde; je weniger dadurch der Rechnungsführer in mora reddendi rationes conſtituiret werden möchte,

L. 17. §. 3. *D. de vſur.*

12 ferner 2) dem Rechnungsführer auch keine mora in Anſehung der Anzeige des im Jahr 1774 ſich ergebenden Ueberſchuſſes zur Laſt geleget werden mag, indem wenn auch dieſer Ueberſchuß, wie doch als ausgemacht nicht angenommen werden mag, wenn dem Erblaſſer der Beklagten ſelbſt die Rechnungen wären abgenommen worden, ſich ergeben haben möchte,

Dennoch a) der Erblaſſer der Beklagten den Landſtänden in den im Jahr 1709 übergebenen Rechnungen einen noch ſtärkern Ueberſchuß von 48 40 Rthlr. mit Jnbegrif der Reſtanten angezeiget, ohne daß die Landſtände dadurch die Rechnungen zu receſſiren und über den Ueberſchuß zu diſponiren, ſich bewegen laſſen,

daneben b) der wahre Ueberſchuß erſt bey Ablegung der Rechnung nach Abzug der in der Einnahme aufgeführten Reſtanten zu beſtimmen, welche Beſtimmung der Generaleinnehmer von den Landſtänden erwarten können,

auch c) die Reſtanten nicht, wie von Seiten der Landſtände angeführet wird, im Jahr 1721 bereits eingegangen, ſondern vermöge des protocolli vom 15. Dec. 1774

fol. 157. *act.*

noch im Jahr 1774 viele in Rückſtand geweſen ſind,

13 gleichergeſtalt 3) auch in Abtragung und Bezahlung dieſes Rückſtandes eine mora ſoluendi, mit Beſtande Rechtens ſich nicht behaupten läßt,

angeſehen a) ein Rechnungsführer überhaupt ein reſiduum nicht eher, als bis ſolches beſtimmt und durch Ablegung der Rechnung feſtgeſetzet worden, abzutragen verbunden, cum obligatio rationum reddendarum ſolutionem reſidui non tam contineat, quam poſt ſe trahat,

LEYSER *ſpec.* 677. *med.* I.

auch

auch b) beſonders im gegenwärtigen Fall nicht nur keine mora ex perſona per interpellationem hominis, ſondern auch keine mora ex re per interpellationem diei vel legis vorhanden, da der Generaleinehmer vermöge ſeiner Inſtruction nicht das Recht und die Verbindlichkeit gehabt, vorräthige landſchaftliche Gelder nach ſeinem Ermeſſen zum Beſten der Landſchaft auszuzahlen und anzulegen, ſondern ſo lange bey ſich behalten müſſen, bis die Landſtände darüber diſponiret und ihm eine Aſſignation ertheilet,

und daher c) die von klagenden Landſtänden angeführte Geſetze hier keine Anwendung haben, indem

L. 3. C. in quib. cauſſ. in integr. reſtit. neceſſ. non eſt.

von einer tarda ſolutione redet, welche bey demjenigen, der nicht vor ſich zahlen darf, nicht eintreten mag,

L. 17. §. 3. D. de vſur.

ſo wie der angeführte

L. 1. C. de can. largitional. tit.

ganz deutlich von Untereinnehmern redet, welche die erhobenen Gelder ſofort zur Caſſe liefern ſollen, und keineswegs auf einen Generaleinnehmer, bey dem die Caſſe ſelbſt iſt, erſtreckt werden mag;

Hiernächſt was zweytens in rationibus dubitandi quoad III.) den angeführten Gebrauch dieſer Gelder und die dadurch mit Nachtheil der Landſchaft erfolgt ſeyn ſollende Bereicherung betrift, auch dadurch im vorliegenden Fall eine Verbindlichkeit Zinſen zu bezahlen, nicht begründet werden mag, 14

anerwogen 1) der vorgegebene Gebrauch dieſer Gelder in facto noch nicht vor erwieſen zu halten,

indem a) wenn gleich im Jahr 1774 dieſer den Beklagten zur Laſt gefallene Ueberſchuß in ſpecie nicht vorhanden geweſen, dennoch daraus, daß dieſer Ueberſchuß auch bey ihrem Erblaſſer würklich exiſtiret habe, und ſich, wenn ihm ſelbſt die Rechnungen wären abgenommen worden, gleichfalls ergeben haben würde, nicht geſchloſſen werden mag, vielmehr nicht unwahrſcheinlich iſt, daß er ſeine Rechnungen hätte beſſer juſtificiren, und zum Beyſpiel verſchiedene Poſten in der Ausgabe, wel-

che den Erben nicht zugeſtanden worden, als laut protocolli vom 5. Dec. 1774

fol. 144. *b. act.*

9702 Rthlr., bey welchem blos die Aſſignation gefehlet, und laut protocolli vom 16. Dec. 1744

fol. 151. *act.*

667 Rthlr., bey welchen die Quitung gefehlet, rechtfertigen können,

auch b) wegen der Reſtanten keine Zeit zu beſtimmen, wo dieſer Ueberſchuß bey ihm in der That würklich geworden, und gebraucht werden können,

daneben 2) dieſer Gebrauch, wenn er auch in facto als richtig angenommen werden möchte, dennoch den Generaleinnehmer zur Bezahlung der Zinſen, den Rechten nach nicht verbinden würde,

immaaßen a) der Generaleinnehmer, da er nach ſeiner Inſtruction nicht verbunden geweſen, die empfangenen Gelder von ſeinen eigenen abgeſondert in einem beſondern Kaſten zu verwahren, ſolche ohnſtreitig zu ſeinen eigenen Geldern legen, und wie ein ihm anvertrautes depoſitum irregulare ohne Nachtheil der Landſtände ſo lange gebrauchen können, bis er von dieſen eine Anweiſung ſie auszuzahlen erhalten,

L. 24. *pr. L.* 25. §. 1. *D. depoſit.*

auch b) der Generaleinnehmer bey dieſer Beſchaffenheit der eingehobenen Gelder als ein debitor quantitatis, non ſpecierum vel corporum, das periculum der eingehobenen Gelder gehabt, mithin auch billig einen unſchädlichen Nutzen davon genießen können, quoniam vbi periculum eſt, ibi etiam lucrum collocetur

L. f. §. 3. *C. de furt.*

Daneben c) durch dieſen Gebrauch mit Nachtheil der Landſchaft ſich ſo wenig bereichert haben kann, als ſich behaupten läſt, daß ein depoſitarius mit dem Gebrauch eines depoſiti irregularis zum Nachtheil des deponentis, der es zurückzufordern oder ſonſt darüber zu diſponiren noch nicht vor gut befindet, ſich bereichere,

zumahlen d) der Generaleinnehmer wegen der in den ordinairen Rechnungen enthaltenen anſehnlichen Vorſchüſſen, die ihm erſt nach

vielen

vielen Jahren ohne einige Zinſen, z. E. ein Vorſchuß vom Jahr 1712 von 17541 Rthlr. im Jahr 1739.

fol. 208. *act.*

vergütet worden, gewöhnlich ein ſtärkerer creditor der Landſtände geweſen,

und e) was von klagenden Landſtänden zur Beſtärkung dieſes vermeintlichen Grundes der Zinſen angeführet worden, dagegen in keine Betrachtung kommen mag, indem quoad 1) der bloße Gebrauch des einem andern gehörigen Geldes zwar einen Grund der Möglichkeit, aber nicht der Würklichkeit des Rechts Zinſen zu fordern in ſich enthält, und zur Würklichkeit dieſes Rechts praeter ſolum vſum noch andere Umſtände eintreten müſſen,

LEYSER *ſpec.* 244. *med.* 1. 2.

quoad 2) die Verbindlichkeit eines Generaleinnehmers, aus der 15
Verbindlichkeit eines Vormundes um ſo weniger beurtheilet wer-
den mag, je gewiſſer es iſt, daß ein Generaleinnehmer kein Vor-
mund der Landſtände, ſondern deren Subaltern iſt, der kein Recht und
keine Verbindlichkeit hat, über deren Gelder zum Beſten des Landes
nach ſeinem Ermeſſen zu diſponiren, ſondern blos verbunden iſt, der
Landſtände Verfügungen zu erwarten und auszurichten, daher
quoad 3) ſelbiger überhaupt, wenn er auch nicht alio reſpectu als ein 16
noch ſtärkerer Creditor der Landſtände anzuſehen ſeyn möchte, ſo wenig als
ein depoſitarius ad oblationem realem, oder ad depoſitionem iudicialem
der bey ihm noch vorhandenen Gelder für ſchuldig zu achten; nicht zu
gedenken, daß eine depoſitio iudicialis zwar ad impediendum curſum
vſurarum iam debitarum et currentium, nicht aber ad impediendum
initium vſurarum nondum debitarum erfordert wird,

MEVIUS *Part.* 2. *dec.* 299.
BRUNNEMANN *ad L.* 9. *C. de vſur. n.* 2.

und quoad 4) einestheils die vorgegebene baldige Vergütung der Vorſchüſſe des Generaleinnehmers ſchon durch den

fol. 208. *act.*

beygebrachten Extract vom 22. Nov. 1739 widerleget wird, anderntheils das Erbiethen, von den Zinsfrey angenommenen Vorſchüſſen die Zinſen noch nachzuzahlen, jetzt re non amplius integra zum Nachtheil der Be-

klagten

klagten nicht mehr Statt haben mag, drittentheils klagende Stände eine Compenſation der Vorſchüſſe mit Ueberſchüſſen aus den Rechnungen nicht beygebracht;

17 Ueberdem III.) klagenden Landſtänden, wenn auch an ſich ein rechtlicher Grund der Zinſen hätte angegeben werden mögen, dennoch ihre beſtändige Obſervanz allerdings entgegenſtehen würde, da ſie nicht in Abrede ſtellen mögen, daß ſie während der ganzen Amtszeit des Erblaſſers der Beklagten vom Jahr 1697 bis im Jahr 1752 ihm nie Zinſen von ſeinen Vorſchüſſen, die ihm ohnſtreitig de iure gebühret hätten,

L. 1. C. mandat.

ohne Abſicht auf die Größe und auf die Zeit der Vorſchüſſe, vergütet, und auch dagegen von ihm nie Zinſen der ſich ergebenden Ueberſchüſſe verlanget, dergleichen Obſervanz aber nicht nur überhaupt vim taciti pacti hat,

L. 7. §. 15. D. de SCto Macedon.

L. 15. D. de reb. dub.

c. 8. X. de conſuetud.

Mantica de tacit. et ambig. conuent. Lib. 2. Tit. 1. n. 5. Tit. 7. n. 20.

ſondern beſonders bey Zinſen in vim taciti pacti remiſſorii gilt,

L. 13. D. de vſur.

L. 5. L. 8. C. eodem.

und was klagende Landſtände dagegen von der Länge der Zeit dieſes Rückſtandes erinnern, die Sache um ſo weniger alteriren mag, je mehr ſie, wenn ſie einen etwanigen Rückſtand nicht länger vi taciti pacti zins frey hätten ſtehen laſſen wollen, verbunden geweſen wären, zum Behuf der Auszahlung die Rechnungen abzufordern,

ſo wie IV.) wenn ſie auch vorher von dieſem Rückſtande Zinſen zu fordern das Recht gehabt haben möchten, ſolches dennoch dadurch, daß ſie die völlige Bezahlung dieſes Rückſtandes ohne Zinſen von Beklagten angenommen, ipſo iure vor erloſchen zu halten,

indem

indem 1) ein Creditor bekannten Rechten nach die vſuras neceſſarias 18
eines ſortis zwar incidenter officio iudicis bey der aufs Capital anzuſtellenden Klage, aber keinesweges principaliter iure actionis ſeparato proceſſu zu fordern berechtiget iſt,

L. 49. §. 1. *D. de act. emt. vend.*

L. 54. *pr. D. locat.*

L. 8. *D. de eo quod certo loco.*

mithin wenn durch Bezahlung des Capitals die obligatio principalis des debitoris ipſo iure aufgehoben worden, auch die obligatio acceſſoria ad vſuras ſoluendas per neceſſariam conſequentiam wegfällt,

L. 129. §. 1. *L.* 178. *D. de reg. iur.*

und dem creditori ſo wenig die per ſolutionem erloſchene Hauptklage, als eine andere beſondere auf dieſe Zinſen zuſteht,

L. 4. *C. depoſit.*

L. 13. *C. de vſur.*

und wenn gleich einige Doctores dieſes mit der Einſchränkung, wenn der Creditor das Capital nicht cum expreſſa proteſtatione wegen der verlangten Zinſen angenommen, verſtehen wollen,

dennoch 2) einestheils dieſe Limitation den angeführten principiis iuris 19
widerſtreitet, da eine Proteſtation zwar das Recht des proteſtantis conſerviren, allein ihm kein Recht, ſo ihm vorher nicht zugeſtanden, mithin im gegenwärtigen Fall kein ius vſuras neceſſarias principaliter iure actionis zu fordern, ertheilen mag, und bey der Annehmung der Bezahlung einer Schuldforderung die Reſervation der daraus zuſtehenden Klage ſich ſo wenig als der Schuldforderung ſelbſt, welche allein die Klage begründet, gedenken läßt, anderntheils klagende Landſtände dieſer Cautel ſich nicht bedienet, da ſie zwar vermöge Protocolli vom 18. Dec. 1774.

fol. 169. *b. act.*

den Receß der Rechnungen mit Vorbehalt der Zinſen beſchloſſen, auch auf die von Beklagten dagegen übergebenen

fol. 182. *ſqq. act.*

befindliche Vorſtellung laut Protocolli vom 25. Januar. 1775.

fol. 197. *act.*

dieſen Vorbehalt wiederholet, allein nach der dagegen von Beklagten

fol. 198. *act.*

übergebenen Proteſtation die angewieſene baare Auszahlung des ganzen Rückſtandes ohne einige Proteſtation und Reſervation angenommen haben;

20 Gleichergeſtalt B) das Agio dieſes Rückſtandes anlangend, Beklagte ſolches zu vergüten nicht vor ſchuldig zu halten,

angeſehen 1) das Münzweſen zur Zeit der extraordinairen Einnahme in dortigen Kreyſe notoriſch in einer ſchlechten Verfaſſung geweſen, welche natürlich durch den damaligen Krieg und durch die Gegenwart fremder Truppen vermehret worden,

mithin 2) nicht vermuthet werden mag, daß die Unterthanen die ihnen auferlegten Simpla durchgehends in groben Münzſorten abgetragen,

zumalen 3) eine Verordnung der Landſtände vom 18. Iun. 1704 die Bezahlung auch in Fettmäunchen, Stübern, halben Blafferts u. d. g. zu verrichten erlaubet,

und 4) das Edict vom 9. Mart. 1709 nur die Batzenſtücke verrufen, und die Churtrieriſchen drey Petermännchen auf 4 Albus Cölniſch herunter geſetzt,

dagegen 5) die Franzöſiſchen Contributionen und Winterquartiersgelder in groben Münzſorten ausgezahlet werden müſſen,

einfolglich 6) ein Ueberſchuß der Einnahme von 19113 Rthlr., der zur Summe des ganzen extraordinairen Empfangs von 1188589 Rthlr. noch nicht das Verhältniß wie 1 zu 62 hat, gar wohl in geringern Münzſorten, die kein Agio thun, beſtehen mögen;

21 Indeſſen was die Unkoſten anbetrift, klagende Landſtände, da ſie das

fol. 164. *act.*

befindliche Churfürſtl. Reſcript vom 16. Nov. 1774; durch welches ſie die Zinſen zu fordern angewieſen worden, vor ſich haben, einer temeritatis litigandi ſich nicht ſchuldig gemacht, cum nulla culpa eius ſit, cui parere neceſſe fuit,

L. 169. *D. de reg. iur.*

und daher mit deren Erſtattung billig verſchonet werden müſſen;

Als ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, zu erkennen bewogen worden.

DECISIO LII.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Probatio dominii in re aliqua ſibi competentis per ichnographias antiquas et concurrentes plures praeſumtiones plene poteſt perfici.

II. Teſtis per ſe non omni exceptione maioris adſertum adminiculatur probationem aliis iam argumentis innixam.

III. Si thema probandum in cauſſa controuerſa ab ea parte, cui onus probandi merito incumbit, iam plene in actis deductum paret; ſecundum eam ad finem litis incidendae merito fertur ſententia, ſed ita, vt reprobatio parti adverſae reſeruetur, ſi vel nullus terminus probatorius ante fixus erat, vel pars aduerſa beneficio reſtitutionis in integrum gaudet.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Cui per ſententiam, quae in rem iudicatam tranſiit, dominium rei alicuius eſt adiudicatum, non poteſt ex hac ſententia executiue agere contra eum, qui poſſidet res, quas victor quidem pro pertinentiis rei ſibi ſententia tributae venditat, neque tamen ſententia pro talibus declarat. n. 2.

Qui in iure ſibi conpetente fundamentum ſuae intentionis quaerit, in petitorio verſatur. n. 3.

Qui rem iure dominii petit auctoris vices declinare nequit. n. 4.

Argumenta contra probationem dominii factam ex parte ſupplicantis n. 5.

Argumenta pro euincendo dominio ſiluarum controuerſarum ex parte ſupplicatorum. n. 6.

Cur tria ſupplicantis grauamina priora non locum habeant, ratio redditur. n. 7.

Sed quarti grauaminis, probatum nimirum ſatis iam eſſe dominium a parte ſupplicante adſerentis validitas oſtenditur. 1) quod ex adductis argumentis pareat ſiluas, de quibus litigatur eſſe pertinentias eius

eius ſiluae, quae per anteriorem rem iudicatam ſupplicanti dubio procul competit. n. 8.

Teſtis non omni exceptione maioris adſertum ex variis circumſtantiis robur aliquod adquirit et probationem adiuuat. n. 9.

Idem valet de documentis priuatis n. 10.

2) *Porro dominium ex parte ſupplicantis probatur ex actis anterioribus, in quibus a parte ſupplicante hoc ſibi iam adſertum legitur dominium, neque ei adſerto a ſupplicatis tum temporis itidem reis contradictum inuenitur. n. 11.*

3) *Idem adſtruitur ex aliis argumentis adminiculum probationi praebentibus. n. 12.*

Refutantur argumenta in contrarium adducta. n. 13.

Ratio reſeruatae reprobationis redditur. n. 14.

Urtheil.

Auf eingewandte Supplication, deren Rechtfertigung und ferneres rechtliches Einbringen in Sachen des das Kloſter S. vertretenden evangeliſchreformirten Conſiſtorii zu H. Imploranten jetzt Supplicanten an einem, wider die beyden Gemeinden H. und R. Imploraten jetzt Supplicaten am andern Theile,

erkennen von Gottes Gnaden **Wir W. L.** 2c., nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten für Recht:

1 Nunmehro aus den Acten und der Partheyen Einbringen ſo viel zu befinden, daß das Supplicantiſche Conſiſtorium den ihm durch den Beſcheid Unſers nachgeſetzten Hofgerichts vom 7. Iun. 1774 auferlegten Beweis, daß die dermalen im Streit befangene und auf dem aufgeſtellten Riß bemerkte Diſtricte, der Gaiſenhayn, das Pfaffenwäldchen, das dünne Gehölz und die Schafbäume zu dem dem Kloſter S. eigenthümlich zuerkannten Arndswald gehören, beſſer, als bereits geſchehen, zu führen nicht ſchuldig, ſondern daſſelbe vielmehr dieſen Beweis in actis bereits zur Nothdurft geführet, dannenhero beſagtes Kloſter bey dem Eigenthum und dem ruhigen Beſitz der benannten Diſtricte zu ſchützen, und Supplicatiſche Gemeinden von allen ferneren Stöhrungen bey nachdrücklicher Strafe abzuſtehen, auch alle bisher verurſachte Schäden nach deren rechtlicher Angabe und richterlicher Ermäßigung dem Kloſter zu erſtatten ſchuldig; es könnten und wollten denn Supplicatiſche Gemeinden ihr vorgegebenes Eigenthum an benannten Diſtricten binnen Ordnungsfriſt rechtlicher Gebühr nach erweiſen, ſo genöſſen ſie

ſolches

ſolches billig, und ergehet ſodann in der Sache ferner was recht iſt. Von Rechts wegen.

Entſcheidungsgründe.

Obwohl Supplicatiſche Gemeinden zu behaupten ſuchen, daß ſämmtliche vom Supplicantiſchen Conſiſtorio wider das den 7. Iun. 1774 eröffnete Erkenntniß angeführten Beſchwerden für unerheblich zu halten,

anerwogen 1) was die erſte Beſchwerde wegen des angeſtellten executiuiſchen Proceſſes anbetrifft, wenn gleich das Conſiſtorium Namens des Kloſters S. wegen der im Streit befangenen Diſtricte, als Zubehörungen des dem Kloſter rechtskräftig zuerkannten Arndswaldes, aus den 2

actor. Nr. 2. 3.

befindlichen rechtskräftigen Erkenntniſſen vom 14. Febr. 1750 und vom 18. May 1751. eine executiviſche Klage erhoben, dennoch, da beſagte Diſtricte in den angeführten rechtskräftigen Erkenntniſſen als Zubehörungen des Arndswaldes keinesweges angegeben, ſondern vielmehr in dem vom gedachten Arndswald in dem damaligen Rechtsſtreit verfertigten in den beygelegten Acten

Nr. 77.

befindlichen Schmittſchen Riß ſämmtlich ausgelaſſen worden, die Natur der Sache erfordert, daß das Conſiſtorium zuförderſt die angegebene Beſchaffenheit dieſer Diſtricte, daß ſelbige nämlich als wirkliche Zubehörungen des Arndswaldes anzuſehen, gebührend beweiſe, und ehe ſolches der Gebühr nach geſchehen, kein geſuchtes mandatum manutenentiae erkannt werden mögen;

Auch 2) hiedurch nicht allein die zweyte Beſchwerde, daß die Sache ins petitorium eingeleitet worden, um ſo mehr ihre Erledigung erhalte, 3
da das Conſiſtorium nicht in einem bloßen Beſitz der ſtreitigen Waldſtücke, ſondern in einem dem Kloſter S. aus den angeführten rechtskräftigen Erkenntniſſen zuſtehenden Eigenthumsrecht, welches von Supplicaten geleugnet worden, und daher natürlich bewieſen werden müſſen, ſich gegründet, und dabey den auf dieſen Beweis gerichteten Beſcheiden vom 7. Nouemb. 1769 und vom 18. Ian. 1772, nachdem ſolche die Rechtskraft erhalten, nachgelebet;

8 anerwogen A.) die Zinſen anlangend, I) Beklagte dadurch, daß ſie in ihrer Exceptionsſchrift eine Beſtimmung des termini a quo der Zinſen urgiret, keinesweges eine Verbindlichkeit ſie zu bezahlen anerkannt, ſondern ſolche vielmehr ausdrücklich negiret, und bey der angeführten Ueberzeugung, daß vor abgenommenen und receſſirten Rechnungen kein rechtlicher terminus a quo vorhanden, die im Klaglibell ausgelaſſene Beſtimmung eines vermeintlichen termini a quo; um deſſen Ungrund deſto leichter zu zeigen, zu negiren gerechte Urſach gehabt;

Hiernächſt II) im gegenwärtigen Fall kein rechtlicher Grund vorhanden, woraus Beklagte die Zinſen dieſes Rückſtandes als vſuras neceſſarias
9 zu bezahlen vor ſchuldig zu halten; angeſehen, was erſtlich, quoad II) die ihrem Erblaſſer und ihnen ſelbſt zur Laſt gelegte moram in Ablegung der Rechnungen wie auch in Anzeige und Abtragung des Ueberſchuſſes anbetrift, ſolche im vorliegenden Fall, vorkommenden Umſtänden nach, nicht begründet werden können,

immaaſſen 1) die von Klägern vorgegebene mora in gebührender Ablegung der Rechnungen offenbar ungegründet iſt,

indem nicht nur a) Kläger nicht zu behaupten vermocht, daß ſie je durch eine Interpellation den Generaleinnehmer oder deſſen Erben in mora ex perſona conſtituiret,

10 ſondern auch b) eine mora ex re per interpellationem diei vel legis hier nicht eintreten mag, da der Generaleinnehmer vermöge ſeiner

fol. 199. *act.*

beygebrachten Inſtruction zu keiner beſtimmten Zeit ſeine Rechnungen zu offeriren verbunden geweſen, ſondern ſich blos gefaßt halten ſollen, ſelbige auf allen Landtägen und von einem Landtag zum andern ſtatibus zu communiciren, mithin eine Erinnerung der Landſtände wegen vorzulegender Rechnung geruhig erwarten mögen,

vielmehr c) der Generaleinnehmer dadurch, daß er im Jahr 1709 ſeine extraordinaire Rechnungen vom Jahr 1706 bis dahin in der Vollſtändigkeit, wie ſie endlich im Jahr 1774 würklich receſſiret worden geſtändigermaaßen zur Abnahme offeriret, alles, was von ihm verlanget werden mögen, und mehr, als wozu er nach ſeiner Inſtruction verbunden geweſen, gethan,

dagegen

dagegen d) die Landſtände dadurch, daß ſie dieſe übergebenen und richtig befundenen Rechnungen wegen eines unter ihnen entſtandenen Streits über einige tauſend Thaler, die vom Dohmcapitel einigen Städten aſſigniret geweſen, vermöge des

fol. 192. *act.*

befindlichen protocolli vom 27. Sept. und vom 1. Octobr. 1709 gebührend zu receſſiren ſich geweigert, und dadurch die Berichtigung der ſämmtlichen Landesrechnungen erſt bis im Jahr 1732, und darauf vom Jahr 1734 an, wegen einer andern Streitigkeit bis im Jahr 1739 ſelbſt verhindert, ohnſtreitig eine nicht zu entſchuldigende moram in gebuhrender Abnahme der vom Rechnungsführer fertig gehaltenen Rechnungen contrahiret, und ſich die Schuld daß ſolche nicht eher abgeleget und receſſiret worden, allein beyzumeſſen haben,

MASCARD *de probat. Vol.* 8. *concluſ.* 1256. *nr.* 13.
SCHWEDER *conſil. Tubingenſ. Vol.* 6. *conſil.* 23. *nr.* 39.

auch e) was von klagenden Landſtänden zur Ablegung ihrer morae angeführet worden, ihnen nicht zu Statten kommen mag, in Betracht daß quoad a) die Streitigkeiten der Landſtände den Rechnungsführer allerdings in ſo fern angegangen, daß ſie die gebührende Abnahme und Receſſirung der Rechnungen gehindert, quoad b) die Streitigkeiten der Landſtände nach Inhalt des protocolli vom 18. Dec. 1774

fol. 172. *b. act.*

im Jahr 1739 noch nicht ihre völlige Endſchaft erreichet, wenigſtens die Landſtände deren Endſchaft dem Rechnungsführer zum Behuf der Ablegung der Rechnungen nie gemeldet, quoad c) der Rechnungführer nach dem Jahr 1709 ſo wenig überhaupt als beſonders durante mora der Landſtände, die Abnahme der Rechnungen weiter zu urgiren verbunden geweſen, und doch zu ſeiner eigenen Beruhigung um die Berichtigung der Rechnungen vielfältig angehalten,

fol. 194. *ſq. act.*

quoad d) den Landſtänden in den im Jahr 1709 vorgelegten Rechnungen ein Ueberſchuß von 48340 Rthlr. 30 Alb. 10 Heller mit Inbegrif der Reſtanten deutlich vorgeleget worden

fol. 174. *act.*

mithin es ihre Obliegenheit geweſen wäre, die wahre Beſchaffenheit dieſes Ueberſchuſſes durch Abzug der Reſtanten zu beſtimmen, und quoad c) eine allenfallſige reſtitutio in integrum gegen dieſe vorſetzliche moram nach Verlauf einer ſo langen Zeit nicht nur unzuläßig, ſondern auch um ſo mehr unnütz ſeyn würde; je weniger dadurch der Rechnungsführer in mora reddendi rationes conſtituiret werden möchte,

L. 17. §. 3. *D. de vſur.*

12 ferner 2) dem Rechnungsführer auch keine mora in Anſehung der Anzeige des im Jahr 1774 ſich ergebenden Ueberſchuſſes zur Laſt geleget werden mag, indem wenn auch dieſer Ueberſchuß, wie doch als ausgemacht nicht angenommen werden mag, wenn dem Erblaſſer der Beklagten ſelbſt die Rechnungen wären abgenommen worden, ſich ergeben haben möchte,

Dennoch a) der Erblaſſer der Beklagten den Landſtänden in den im Jahr 1709 übergebenen Rechnungen einen noch ſtärkern Ueberſchuß von 48 40 Rthlr. mit Inbegrif der Reſtanten angezeiget, ohne daß die Landſtände dadurch die Rechnungen zu receſſiren und über den Ueberſchuß zu diſponiren, ſich bewegen laſſen,

daneben b) der wahre Ueberſchuß erſt bey Ablegung der Rechnung nach Abzug der in der Einnahme aufgeführten Reſtanten zu beſtimmen, welche Beſtimmung der Generaleinnehmer von den Landſtänden erwarten können,

auch c) die Reſtanten nicht, wie von Seiten der Landſtände angeführet wird, im Jahr 1721 bereits eingegangen, ſondern vermöge des protocolli vom 15. Dec. 1774

fol. 157. *act.*

noch im Jahr 1774 viele in Rückſtand geweſen ſind,

13 gleichergeſtalt 3) auch in Abtragung und Bezahlung dieſes Rückſtandes eine mora ſoluendi, mit Beſtande Rechtens ſich nicht behaupten läßt,

angeſehen a) ein Rechnungsführer überhaupt ein reſiduum nicht eher, als bis ſolches beſtimmt und durch Ablegung der Rechnung feſtgeſetzet worden, abzutragen verbunden, cum obligatio rationum reddendarum ſolutionem reſidui non tam contineat, quam poſt ſe trahat,

LEYSER *ſpec.* 677. *med.* I.

auch

auch b) beſonders im gegenwärtigen Fall nicht nur keine mora ex perſona per interpellationem hominis, ſondern auch keine mora ex re per interpellationem diei vel legis vorhanden, da der Generaleinehmer vermöge ſeiner Inſtruction nicht das Recht und die Verbindlichkeit gehabt, vorräthige landſchaftliche Gelder nach ſeinem Ermeſſen zum Beſten der Landſchaft auszuzahlen und anzulegen, ſondern ſo lange bey ſich behalten müſſen, bis die Landſtände darüber diſponiret und ihm eine Aſſignation ertheilet,

und daher c) die von klagenden Landſtänden angeführte Geſetze hier keine Anwendung haben, indem

L. 3. C. in quib. cauſſ. in integr. reſtit. neceſſ. non eſt.

von einer tarda ſolutione redet, welche bey demjenigen, der nicht vor ſich zahlen darf, nicht eintreten mag,

L. 17. §. 3. D. de vſur.

ſo wie der angeführte

L. 1. C. de can. largitional. tit.

ganz deutlich von Untereinnehmern redet, welche die erhobenen Gelder ſofort zur Caſſe liefern ſollen, und keineswegeſ auf einen Generaleinnehmer, bey dem die Caſſe ſelbſt iſt, erſtreckt werden mag;

Hiernächſt was zweytens in rationibus dubitandi quoad III.) den an- 14
geführten Gebrauch dieſer Gelder und die dadurch mit Nachtheil der Landſchaft erfolgt ſeyn ſollende Bereicherung betrifft, auch dadurch im vorliegenden Fall eine Verbindlichkeit Zinſen zu bezahlen, nicht begründet werden mag,

anerwogen 1) der vorgegebene Gebrauch dieſer Gelder in facto noch nicht vor erwieſen zu halten,

indem a) wenn gleich im Jahr 1774 dieſer den Beklagten zur Laſt gefallene Ueberſchuß in ſpecie nicht vorhanden geweſen, dennoch daraus, daß dieſer Ueberſchuß auch bey ihrem Erblaſſer würklich exiſtiret habe, und ſich, wenn ihm ſelbſt die Rechnungen wären abgenommen worden, gleichfalls ergeben haben würde, nicht geſchloſſen werden mag, vielmehr nicht unwahrſcheinlich iſt, daß er ſeine Rechnungen hätte beſſer juſtificiren, und zum Beyſpiel verſchiedene Poſten in der Ausgabe, wel-

che den Erben nicht zugeſtanden worden, als laut protocolli vom 5. Dec. 1774

fol. 144. *b. act.*

9702 Rthlr., bey welchem blos die Aſſignation gefehlet, und laut protocolli vom 16. Dec. 1744

fol. 151. *act.*

667 Rthlr., bey welchen die Quitung gefehlet, rechtfertigen können,

auch b) wegen der Reſtanten keine Zeit zu beſtimmen, wo dieſer Ueberſchuß bey ihm in der That würklich geworden, und gebraucht werden können,

daneben 2) dieſer Gebrauch, wenn er auch in facto als richtig angenommen werden möchte, dennoch den Generaleinnehmer zur Bezahlung der Zinſen, den Rechten nach nicht verbinden würde,

immaaßen a) der Generaleinnehmer, da er nach ſeiner Inſtruction nicht verbunden geweſen, die empfangenen Gelder von ſeinen eigenen abgeſondert in einem beſondern Kaſten zu verwahren, ſolche ohnſtreitig zu ſeinen eigenen Geldern legen, und wie ein ihm anvertrautes depoſitum irregulare ohne Nachtheil der Landſtände ſo lange gebrauchen können, bis er von dieſen eine Anweiſung ſie auszuzahlen erhalten,

L. 24. *pr. L.* 25. §. 1. *D. depoſit.*

auch b) der Generaleinnehmer bey dieſer Beſchaffenheit der eingehobenen Gelder als ein debitor quantitatis, non ſpecierum vel corporum, das periculum der eingehobenen Gelder gehabt, mithin auch billig einen unſchädlichen Nutzen davon genießen können, quoniam vbi periculum eſt, ibi etiam lucrum collocetur

L. f. §. 3. *C. de furt.*

Daneben c) durch dieſen Gebrauch mit Nachtheil der Landſchaft ſich ſo wenig bereichert haben kann, als ſich behaupten läſt, daß ein depoſitarius mit dem Gebrauch eines depoſiti irregularis zum Nachtheil des deponentis, der es zurückzufordern oder ſonſt darüber zu diſponiren noch nicht vor gut befindet, ſich bereichere,

zumahlen d) der Generaleinnehmer wegen der in den ordinairen Rechnungen enthaltenen anſehnlichen Vorſchüſſen, die ihm erſt nach

vielen

vielen Jahren ohne einige Zinſen, z. E. ein Vorſchuß vom Jahr 1712 von 17541 Rthlr. im Jahr 1739.

fol. 208. *act.*

vergütet worden, gewöhnlich ein ſtärkerer creditor der Landſtände geweſen,

und e) was von klagenden Landſtänden zur Beſtärkung dieſes vermeintlichen Grundes der Zinſen angeführet worden, dagegen in keine Betrachtung kommen mag, indem quoad 1) der bloße Gebrauch des einem andern gehörigen Geldes zwar einen Grund der Möglichkeit, aber nicht der Würklichkeit des Rechts Zinſen zu fordern in ſich enthält, und zur Würklichkeit dieſes Rechts praeter ſolum vſum noch andere Umſtände eintreten müſſen,

LEYSER *ſpec.* 244. *med.* I. 2.

quoad 2) die Verbindlichkeit eines Generaleinnehmers, aus der 15
Verbindlichkeit eines Vormundes um ſo weniger beurtheilet werden mag, je gewiſſer es iſt, daß ein Generaleinnehmer kein Vormund der Landſtände, ſondern deren Subaltern iſt, der kein Recht und keine Verbindlichkeit hat, über deren Gelder zum Beſten des Landes nach ſeinem Ermeſſen zu diſponiren, ſondern blos verbunden iſt, der Landſtände Verfügungen zu erwarten und auszurichten, daher
quoad 3) ſelbiger überhaupt, wenn er auch nicht alio reſpectu als ein 16
noch ſtärkerer Creditor der Landſtände anzuſehen ſeyn möchte, ſo wenig als ein depoſitarius ad oblationem realem, oder ad depoſitionem iudicialem der bey ihm noch vorhandenen Gelder für ſchuldig zu achten; nicht zu gedenken, daß eine depoſitio iudicialis zwar ad impediendum curſum vſurarum iam debitarum et currentium, nicht aber ad impediendum initium vſurarum nondum debitarum erfordert wird,

MEVIUS *Part.* 2. *dec.* 299.
BRVNNEMANN *ad L.* 9. *C. de vſur. n.* 2.

und quoad 4) einestheils die vorgegebene baldige Vergütung der Vorſchüſſe des Generaleinnehmers ſchon durch den

fol. 208. *act.*

beygebrachten Extract vom 22. Nov. 1739 widerleget wird, anderntheils das Erbiethen, von den Zinsfrey angenommenen Vorſchüſſen die Zinſen noch nachzuzahlen, jetzt re non amplius integra zum Nachtheil der Be-

klagten

klagten nicht mehr Statt haben mag, drittentheils klagende Stände eine Compenſation der Vorſchüſſe mit Ueberſchüſſen aus den Rechnungen nicht beygebracht;

17 Ueberdem III.) klagenden Landſtänden, wenn auch an ſich ein rechtlicher Grund der Zinſen hätte angegeben werden mögen, dennoch ihre beſtändige Obſervanz allerdings entgegenſtehen würde, da ſie nicht in Abrede ſtellen mögen, daß ſie während der ganzen Amtszeit des Erblaſſers der Beklagten vom Jahr 1697 bis im Jahr 1752 ihm nie Zinſen von ſeinen Vorſchüſſen, die ihm ohnſtreitig de iure gebühret hätten,

L. 1. C. mandat.

ohne Abſicht auf die Größe und auf die Zeit der Vorſchüſſe, vergütet, und auch dagegen von ihm nie Zinſen der ſich ergebenden Ueberſchüſſe verlanget, dergleichen Obſervanz aber nicht nur überhaupt vim taciti pacti hat,

L. 7. §. 15. D. de SCto Macedon.

L. 15. D. de reb. dub.

c. 8. X. de conſuetud.

Mantica de tacit. et ambig. conuent. Lib. 2. Tit. 1. n. 5. Tit. 7. n. 20.

ſondern beſonders bey Zinſen in vim taciti pacti remiſſorii gilt,

L. 13. D. de vſur.

L. 5. L. 8. C. eodem.

und was klagende Landſtände dagegen von der Länge der Zeit dieſes Rückſtandes erinnern, die Sache um ſo weniger alteriren mag, je mehr ſie, wenn ſie einen etwanigen Rückſtand nicht länger vi taciti pacti zins frey hätten ſtehen laſſen wollen, verbunden geweſen wären, zum Behuf der Auszahlung die Rechnungen abzufordern,

ſo wie IV.) wenn ſie auch vorher von dieſem Rückſtande Zinſen zu fordern das Recht gehabt haben möchten, ſolches dennoch dadurch, daß ſie die völlige Bezahlung dieſes Rückſtandes ohne Zinſen von Beklagten angenommen, ipſo iure vor erloſchen zu halten,

indem

indem 1) ein Creditor bekannten Rechten nach die vſuras neceſſarias 18
eines ſortis zwar incidenter officio iudicis bey der aufs Capital anzuſtellenden Klage, aber keinesweges principaliter iure actionis ſeparato proceſſu zu fordern berechtiget iſt,

L. 49. §. 1. *D. de act. emt. vend.*
L. 54. *pr. D. locat.*
L. 8. *D. de eo quod certo loco.*

mithin wenn durch Bezahlung des Capitals die obligatio principalis des debitoris ipſo iure aufgehoben worden, auch die obligatio acceſſoria ad vſuras ſoluendas per neceſſariam conſequentiam wegfällt,

L. 129. §. 1. *L.* 178. *D. de reg. iur.*

und dem creditori ſo wenig die per ſolutionem erloſchene Hauptklage, als eine andere beſondere auf dieſe Zinſen zuſteht,

L. 4. *C. depoſit.*
L. 13. *C. de vſur.*

und wenn gleich einige Doctores dieſes mit der Einſchränkung, wenn der Creditor das Capital nicht cum expreſſa proteſtatione wegen der verlangten Zinſen angenommen, verſtehen wollen,

dennoch 2) einestheils dieſe Limitation den angeführten principiis iuris 19
widerſtreitet, da eine Proteſtation zwar das Recht des proteſtantis conſerviren, allein ihm kein Recht, ſo ihm vorher nicht zugeſtanden, mithin im gegenwärtigen Fall kein ius vſuras neceſſarias principaliter iure actionis zu fordern, ertheilen mag, und bey der Annehmung der Bezahlung einer Schuldforderung die Reſervation der daraus zuſtehenden Klage ſich ſo wenig als der Schuldforderung ſelbſt, welche allein die Klage begründet, gedenken läßt, anderntheils klagende Landſtände dieſer Cautel ſich nicht bedienet, da ſie zwar vermöge Protocolli vom 18. Dec. 1774.

fol. 169. *b. act.*

den Receß der Rechnungen mit Vorbehalt der Zinſen beſchloſſen, auch auf die von Beklagten dagegen übergebenen

fol. 182. *ſqq. act.*

befindliche Vorſtellung laut Protocolli vom 25. Januar. 1775.

fol. 197. *act.*

dieſen Vorbehalt wiederholet, allein nach der dagegen von Beklagten

fol. 198. *act.*

 über-

übergebenen Proteſtation die angewieſene baare Auszahlung des ganzen Rückſtandes ohne einige Proteſtation und Reſervation angenommen haben;

20 Gleichergeſtalt B) das Agio dieſes Rückſtandes anlangend, Beklagte ſolches zu vergüten nicht vor ſchuldig zu halten,

angeſehen 1) das Münzweſen zur Zeit der extraordinairen Einnahme in dortigen Kreyſe notoriſch in einer ſchlechten Verfaſſung geweſen, welche natürlich durch den damaligen Krieg und durch die Gegenwart fremder Truppen vermehret worden,

mithin 2) nicht vermuthet werden mag, daß die Unterthanen die ihnen auferlegten Simpla durchgehends in groben Münzſorten abgetragen,

zumalen 3) eine Verordnung der Landſtände vom 18. Iun. 1704 die Bezahlung auch in Fettmäunchen, Stübern, halben Blafferts u. d. g. zu verrichten erlaubet,

und 4) das Edict vom 9. Mart. 1709 nur die Batzenſtücke verrufen, und die Churtrieriſchen drey Petermännchen auf 4 Albus Cölniſch herunter geſetzt,

dagegen 5) die Franzöſiſchen Contributionen und Winterquartiersgelder in groben Münzſorten ausgezahlet werden müſſen,

einfolglich 6) ein Ueberſchuß der Einnahme von 19113 Rthlr., der zur Summe des ganzen extraordinairen Empfangs von 1188589 Rthlr. noch nicht das Verhältniß wie 1 zu 62 hat, gar wohl in geringern Münzſorten, die kein Agio thun, beſtehen mögen;

21 Indeſſen was die Unkoſten anbetrift, klagende Landſtände, da ſie das

fol. 164. *act.*

befindliche Churfürſtl. Reſcript vom 16. Nov. 1774; durch welches ſie die Zinſen zu fordern angewieſen worden, vor ſich haben, einer temeritatis litigandi ſich nicht ſchuldig gemacht, cum nulla culpa eius ſit, cui parere neceſſe fuit,

L. 169. *D. de reg. iur.*

und daher mit deren Erſtattung billig verſchonet werden müſſen;

Als ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, zu erkennen bewogen worden.

DECISIO LII.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Probatio dominii in re aliqua ſibi competentis per ichnographias antiquas et concurrentes plures praeſumtiones plene poteſt perfici.

II. Teſtis per ſe non omni exceptione maioris adſertum adminiculatur probationem aliis iam argumentis innixam.

III. Si thema probandum in cauſſa controuerſa ab ea parte, cui onus probandi merito incumbit, iam plene in actis deductum paret; ſecundum eam ad finem litis incidendae merito fertur ſententia, ſed ita, vt reprobatio parti adverſae reſeruetur, ſi vel nullus terminus probatorius ante fixus erat, vel pars aduerſa beneficio reſtitutionis in integrum gaudet.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Cui per ſententiam, quae in rem iudicatam tranſiit, dominium rei alicuius eſt adiudicatum, non poteſt ex hac ſententia executiue agere contra eum, qui poſſidet res, quas victor quidem pro pertinentiis rei ſibi ſententia tributae venditat, neque tamen ſententia pro talibus declarat. n. 2.

Qui in iure ſibi competente fundamentum ſuae intentionis quaerit, in petitorio verſatur. n. 3.

Qui rem iure dominii petit auctoris vices declinare nequit. n. 4.

Argumenta contra probationem dominii factam ex parte ſupplicantis n. 5.

Argumenta pro euincendo dominio ſiluarum controuerſarum ex parte ſupplicatorum. n. 6.

Cur tria ſupplicantis grauamina priora non locum habeant, ratio redditur. n. 7.

Sed quarti grauaminis, probatum nimirum ſatis iam eſſe dominium a parte ſupplicante adſerentis validitas oſtenditur. 1) quod ex adductis argumentis pareat ſiluas, de quibus litigatur eſſe pertinentias

eius ſiluae, quae per anteriorem rem iudicatam ſupplicanti dubio procul competit. n. 8.
Teſtis non omni exceptione maioris adſertum ex variis circumſtantiis robur aliquod adquirit et probationem adiuuat. n. 9.
Idem valet de documentis priuatis n. 10.
2) *Porro dominium ex parte ſupplicantis probatur ex actis anterioribus, in quibus a parte ſupplicante hoc ſibi iam adſertum legitur dominium, neque ei adſerto a ſupplicatis tum temporis itidem reis contradictum inuenitur. n. 11.*
3) *Idem adſtruitur ex aliis argumentis adminiculum probationi praebentibus. n. 12.*
Refutantur argumenta in contrarium adducta. n. 13.
Ratio reſeruatae reprobationis redditur. n. 14.

Urtheil.

Auf eingewandte Supplication, deren Rechtfertigung und ferneres rechtliches Einbringen in Sachen des das Kloſter S. vertretenden evangeliſchreformirten Conſiſtorii zu H. Imploranten jetzt Supplicanten an einem, wider die beyden Gemeinden H. und R. Imploraten jetzt Supplicaten am andern Theile,

erkennen von Gottes Gnaden **Wir W. L. ꝛc.**, nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten für Recht:

1 Nunmehro aus den Acten und der Partheyen Einbringen ſo viel zu befinden, daß das Supplicantiſche Conſiſtorium den ihm durch den Beſcheid Unſers nachgeſetzten Hofgerichts vom 7. Iun. 1774 auferlegten Beweis, daß die dermalen im Streit befangene und auf dem aufgeſtellten Riß bemerkte Diſtricte, der Gaiſenhayn, das Pfaffenwäldchen, das dünne Gehölz und die Schafbäume zu dem dem Kloſter S. eigenthümlich zuerkannten Arndswald gehören, beſſer, als bereits geſchehen, zu führen nicht ſchuldig, ſondern daſſelbe vielmehr dieſen Beweis in actis bereits zur Nothdurft geführet, dannenhero beſagtes Kloſter bey dem Eigenthum und dem ruhigen Beſitz der benannten Diſtricte zu ſchützen, und Supplicatiſche Gemeinden von allen ferneren Stöhrungen bey nachdrücklicher Strafe abzuſtehen, auch alle bisher verurſachte Schäden nach deren rechtlicher Angabe und richterlicher Ermäßigung dem Kloſter zu erſtatten ſchuldig; es könnten und wollten denn Supplicatiſche Gemeinden ihr vorgegebenes Eigenthum an benannten Diſtricten binnen Ordnungsfriſt rechtlicher Gebühr nach erweiſen, ſo genöſſen ſie ſolches

ſolches billig, und ergehet ſodann in der Sache ferner was recht iſt. Von Rechts wegen.

Entſcheidungsgründe.

Obwohl Supplicatiſche Gemeinden zu behaupten ſuchen, daß ſämmtliche vom Supplicantiſchen Conſiſtorio wider das den 7. Iun. 1774 eröffnete Erkenntniß angeführten Beſchwerden für unerheblich zu halten,

anerwogen 1) was die erſte Beſchwerde wegen des angeſtellten executiviſchen Proceſſes anbetrifft, wenn gleich das Conſiſtorium Namens des Kloſters S. wegen der im Streit befangenen Diſtricte, als Zubehörungen des dem Kloſter rechtskräftig zuerkannten Arndswaldes, aus den 2

actor. Nr. 2. 3.

befindlichen rechtskräftigen Erkenntniſſen vom 14. Febr. 1750 und vom 18. May 1751. eine executiviſche Klage erhoben, dennoch, da beſagte Diſtricte in den angeführten rechtskräftigen Erkenntniſſen als Zubehörungen des Arndswaldes keinesweges angegeben, ſondern vielmehr in dem vom gedachten Arndswald in dem damaligen Rechtsſtreit verfertigten in den beygelegten Acten

Nr. 77.

befindlichen Schmittſchen Riß ſämmtlich ausgelaſſen worden, die Natur der Sache erfordert, daß das Conſiſtorium zuförderſt die angegebene Beſchaffenheit dieſer Diſtricte, daß ſelbige nämlich als wirkliche Zubehörungen des Arndswaldes anzuſehen, gebührend beweiſe, und ehe ſolches der Gebühr nach geſchehen, kein geſuchtes mandatum manutenentiae erkannt werden mögen;

Auch 2) hiedurch nicht allein die zweyte Beſchwerde, daß die Sache ins petitorium eingeleitet worden, um ſo mehr ihre Erledigung erhalte, 3
da das Conſiſtorium nicht in einem bloßen Beſitz der ſtreitigen Waldſtücke, ſondern in einem dem Kloſter S. aus den angeführten rechtskräftigen Erkenntniſſen zuſtehenden Eigenthumsrecht, welches von Supplicaten geleugnet worden, und daher natürlich bewieſen werden müſſen, ſich gegründet, und dabey den auf dieſen Beweis gerichteten Beſcheiden vom 7. Novemb. 1769 und vom 18. Ian. 1772, nachdem ſolche die Rechtskraft erhalten, nachgelebet;

4. ſondern auch 3) die dritte Beſchwerde, daß in dieſer Sache das Kloſter als Kläger angeſehen und mit dem Beweiſe beladen worden; daher natürlich wegfalle, weil der vorhergehende Rechtsſtreit, worinn das Kloſter Beklagter geweſen, das Eigenthum des Stedterwaldes betroffen, und jezt von Waldſtücken, worüber im vorigen Rechtsſtreit gar nicht geſtritten worden, als von Zubehörungen des Arndswaldes die Rede ſey, welche abgeleugnete Beſchaffenheit dieſer Waldſtücke nicht vermuthet werden könnte, ſondern vom Kloſter bewieſen werden müßte;

SAM. STRYK *caut. contr. Sect. 2. cap. 8. §. 20.*
Idem diſſert. de probat pertinentiar. cap. 2. n. 3.

Hiernächſt 4) die vierte Beſchwerde, daß der bisher geführte Beweis des Eigenthums dieſer ſtreitigen Diſtricte für zureichend nicht gehalten, und Supplicatiſchen Gemeinden allenfalls nicht vielmehr auferleget worden, ihr vorgegebenes Eigenthum dieſer Grundſtücke zu erweiſen, auch von keiner Erheblichkeit ſey,

5 angeſehen I.) die vom Conſiſtorio beygebrachten Beweismittel das daraus behauptete Eigenthum des Kloſters an dieſen Walddiſtricten wie recht zu begründen deshalb nicht vermögend ſeyen, indem a) in den

Nr. actor. 2. 3. ſub Lit. A. B.

angeführten rechtskräftigen Erkenntniſſen dieſer Wälder als Zubehörungen des Arndswaldes gar keine Erwähnung geſchehen, b) aus den

Nr. actor. 4. 5. ſub Lit. C.

beygebrachten Reſolutionen vom 24. und 28. May 1764 mit keinem Worte zu erſehen, daß ſelbige die jezt in Frage ſtehenden Walddiſtricte betroffen, c) der Auszug aus dem ſogenannten rothen Buch

Nr. actor. 6. ſub Lit. D.

ausdrücklich bezeuge, daß der Arndswald an den Gaiſenhayn gehe, mithin denſelben nicht als einen Theil in ſich begreife, d) das Zeugniß des klöſterlichen Förſters Philipps B. vom 9. May 1722

Nr. actor. 7. ſub Lit. E.

als eines in Dienſten des Kloſters ſtehenden Mannes für ſelbiges nichts beweiſen möge, auch e) das Zeugniß des herrſchaftlichen Förſters Bernhard W. vom 1. Febr. 1727

Nr.

Nr. actor. 8. ſub Lit. F.

als ein auſſergerichtliches Privatzeugniß keinen Glauben verdiene, und f.) der beygebrachte Auszug aus den Kloſterkellereyrechnungen

Nr. actor. 9. ſub Lit. G.

als eine bloße Privatſchrift des Kloſters für ſelbiges einen rechtlichen Beweis zu machen nicht vermögend;

Dagegen II.) Supplicatiſche Gemeinden ihr behauptetes Eigenthum 6
dieſer ihnen ſtreitig gemachten Diſtricte völlig erwieſen zu haben vermeinen, indem a) ſie ſich in einem unvordenklichen Beſitz derſelben ſowohl in Anſehung der Holzung als der Weide befänden, b) der in den vorhin verhandelten Acten

Nr. 77.

befindliche S. Riß vom Arndswalde, der in Gegenwart des Anwaldes des Kloſters und mit deſſelben Genehmigung verfertiget worden, nicht allein dieſe Waldſtücke als Zubehörungen des Arndswaldes nicht in ſich enthalte, ſondern vielmehr des Gaiſenhayns und des Pfaffenflößchens als bloßer Anſtößer des Arndswaldes Meldung thue, und ſolche dadurch von ſelbigem zureichend unterſcheide, auch c) im Jahr 1750 dieſe ſämmtlichen Grundſtücke bey Errichtung des neuen Steuerſtocks als Gemeinheitsſtücke cataſtriret, und d) die von denſelben entrichtende Abgaben von den Gemeinden abgetragen worden;

Aus welchen Gründen, daß auf dieſe Beſchwerden nicht erkannt werden ſollen, es das Anſehen gewinnen möchte;

Dennoch aber und dieweil wenn gleich die vom Supplicantiſchen 7
Conſiſtorio angeführten drey erſten Beſchwerden, daß die Sache aus einem angeſtellten executiviſchen Proceß in einem ordinairen und zwar das Eigenthumsrecht betreffenden Proceß dergeſtalt eingeleitet worden, daß das Conſiſtorium den Beweis, daß die im Streit befangenen Walddiſtricte zu dem dem Kloſter Schl. zuſtehenden Arndswald gehören, führen ſollen, deswegen für gegründet nicht gehalten werden mögen, weil in den

Nr. Actor 2. 3.

bey-

beygebrachten rechtskräftigen Erkenntniſſen vom 14. Febr. 1750 und vom 18. May 1751 der jetzt ſtreitigen Waldſtücke als Zubehörungen des nach denſelben dem Kloſter zuſtehenden Arndswaldes keinesweges Meldung geſchehen, einfolglich es ganz natürlich geweſen, daß dem Kloſter dieſe angegebene Beſchaffenheit gedachter Waldſtücke der Gebühr nach zu beweiſen obgelegen, dennoch die vierte Beſchwerde deſſelben, daß ſolchem dieſen Beweis beſſer wie geſchehen, binnen Ordnungsfriſt zu führen auferlegt worden, allerdings für gegründet zu halten, da ſothaner Beweis in den bisher verhandelten Acten bereits zur Nothdurft beygebracht iſt,

8 angeſehen 1) aus den

Nr. actor. 6. 7. 8. 9. *ſub Lit. D. E. F. G.*

befindlichen Urkunden ſattſam erhellet, daß die in Frage ſtehenden Diſtricte als Zubehörungen des Arndwaldes dem Kloſter Schl. eigenthümlich gehören,

immaaßen a) der Auszug aus dem ſogenannten rothen Buch vom Jahr 1621,

Nr. actor. 6. *ſub Lit. D.*

gegen deſſen Glaubwürdigkeit Supplicaten nichts anzuführen vermögend geweſen, die Gränzen des Arndswaldes ſo beſtimmet, daß er zuförderſt bey dem im Z. Grundriß

Nr. actor. 50.

nr. 9. bemerkten Steinberg anfange, und von davaus auf die daſelbſt nr. 6. angegebene kleine Schneid, von dannen durch ein daſelbſt nr. 7. bezeichnetes dünn Gehölz bis auf die nr. 5. bemerkte große Schneid ſich erſtrecke; aus welcher Gränzbeſtimmung vermöge des angeführten Z. Grundriſſes offenbar erhellet, daß nicht nur das Pfaffenflößchen, ſondern auch die Schafbäume nebſt dem dünnen Gehölz, durch welches der Arndswald an die große Schneid gränzen ſoll, als Stücke dieſes Waldes, ſo dem Kloſter eigenthümlich zuſtehen, anzuſehen,

daß hiernächſt gedachter Wald von der großen Schneid ſich herum bis an das Oberwäldchen zöge, an Fulde gränzte, und auf den Abſcheid herbey an den Gaiſenhayn gehe, welches nur ein Wald, und mit dieſem unterſchiedlichen Namen benennet werde; nach welcher

Gränz-

Gränzbeſtimmung der Gaiſenhayn um ſo mehr als ein Theil des Arndswaldes anzuſehen, da er nicht allein mit demſelben nur einen Wald ausmachen ſoll, ſondern auch nur durch denſelben und durch den Oberwald, der darzu ohnſtreitig gehöret, an Fulde gränzen kann, mithin natürlich die Worte: an den Gaiſenhayn, ſo wie die vorhergehenden Worte: an das Oberwäldchen, einſchließend und nicht ausſchließend verſtanden werden müſſen;

weniger nicht b) das

Nr. actor. 7. ſub Lit. E.

befindliche Zeugniß des klöſterlichen Förſters Philipps B. vom 9. May 9
1722 alle dieſe im Streit befangenen Diſtricte als zu des Kloſters Waldungen gehörige Stücke angiebt, und dieſes Zeugniß Supplicatiſchen Einwendens ohngeachtet um ſo mehr Glauben verdienet, da einestheils es lange vor erhobenem Streit wegen der Zubehörungen des Arndswaldes ausgeſtellet worden, anderntheils beſagter Förſter ſolches als ein 79jähriger in klöſterlichen und herrſchaftlichen Dienſten und Pflichten ſtehender Mann abgeleget, und mit ſeinem Tode bekräftiget hat;

AND. GAIL. *Lib. 2. obſ. 43. n. 5.*

ferner c) eben dieſes auch das

Nr. actor. 8. ſub Lit. F.

beygebrachte Zeugniß des herrſchaftlichen Förſters Bernhard W. vom 1. Febr. 1727 beſtätiget, indem derſelbe als ein herrſchaftlicher Bedienter pflichtmäßig bezeuget, daß die jezt ſtreitigen Waldſtücke zu dem klöſterlichen Wald zu H. gehören, und dieſes Zeugniß im gegenwärtigen Fall um ſo mehr Aufmerkſamkeit verdienet, je mehr es mit dem Inhalt der bereits angeführten Urkunden übereinkömmt, und je weniger gegen das Zeugniß dieſes Förſters ein gegründeter Verdacht erwächſet;

auch d) der 10

Nr. actor. 9. ſub Lit. G.

beygebrachte Auszug aus den Kloſterkellereyrechnungen ſolches noch weiter bekräftiget; und was Supplicatiſche Gemeinden gegen die Beweiskraft dieſer Rechnungen angeführet haben, in Erwägung deſſen

beygebrachten rechtskräftigen Erkenntniſſen vom 14. Febr. 1750 und vom 18. May 1751 der jetzt ſtreitigen Waldſtücke als Zubehörungen des nach denſelben dem Kloſter zuſtehenden Arndswaldes keinesweges Meldung geſchehen, einfolglich es ganz natürlich geweſen, daß dem Kloſter dieſe angegebene Beſchaffenheit gedachter Waldſtücke der Gebühr nach zu beweiſen obgelegen, dennoch die vierte Beſchwerde deſſelben, daß ſolchem dieſen Beweis beſſer wie geſchehen, binnen Ordnungsfriſt zu führen auferlegt worden, allerdings für gegründet zu halten, da ſothaner Beweis in den bisher verhandelten Acten bereits zur Nothdurft beygebracht iſt,

8 angeſehen 1) aus den

Nr. actor. 6. 7. 8. 9. ſub Lit. D. E. F. G.

befindlichen Urkunden ſattſam erhellet, daß die in Frage ſtehenden Diſtricte als Zubehörungen des Arndwaldes dem Kloſter Schl. eigenthümlich gehören,

immaaßen a) der Auszug aus dem ſogenannten rothen Buch vom Jahr 1621,

Nr. actor. 6. ſub Lit. D.

gegen deſſen Glaubwürdigkeit Supplicaten nichts anzuführen vermögend geweſen, die Gränzen des Arndswaldes ſo beſtimmet, daß er zuförderſt bey dem im Z. Grundriß

Nr. actor. 50.

nr. 9. bemerkten Steinberg anfange, und von davaus auf die daſelbſt nr. 6. angegebene kleine Schneid, von dannen durch ein daſelbſt nr. 7. bezeichnetes dünn Gehölz bis auf die nr. 5. bemerkte große Schneid ſich erſtrecke; aus welcher Gränzbeſtimmung vermöge des angeführten Z. Grundriſſes offenbar erhellet, daß nicht nur das Pfaffenflößchen, ſondern auch die Schafbäume nebſt dem dünnen Gehölz, durch welches der Arndswald an die große Schneid gränzen ſoll, als Stücke dieſes Waldes, ſo dem Kloſter eigenthümlich zuſtehen, anzuſehen,

daß hiernächſt gedachter Wald von der großen Schneid ſich herum bis an das Oberwäldchen zöge, an Fulde gränzte, und auf den Abſcheid herbey an den Gaiſenhayn gehe, welches nur ein Wald, und mit dieſem unterſchiedlichen Namen benennet werde; nach welcher Gränz-

Gränzbeſtimmung der Gaiſenhayn um ſo mehr als ein Theil des Arndswaldes anzuſehen, da er nicht allein mit demſelben nur einen Wald ausmachen ſoll, ſondern auch nur durch denſelben und durch den Oberwald, der darzu ohnſtreitig gehöret, an Fulde gränzen kann, mithin natürlich die Worte: **an den Gaiſenhayn**, ſo wie die vorhergehenden Worte: **an das Oberwäldchen**, einſchließend und nicht ausſchließend verſtanden werden müſſen;

weniger nicht b) das

Nr. actor. 7. *ſub Lit. E.*

befindliche Zeugniß des klöſterlichen Förſters Philipps B. vom 9. May 9
1722 alle dieſe im Streit befangenen Diſtricte als zu des Kloſters Waldungen gehörige Stücke angiebt, und dieſes Zeugniß Supplicatiſchen Einwendens ohngeachtet um ſo mehr Glauben verdienet, da einestheils es lange vor erhobenem Streit wegen der Zubehörungen des Arndswaldes ausgeſtellet worden, anderntheils beſagter Förſter ſolches als ein 79jähriger in klöſterlichen und herrſchaftlichen Dienſten und Pflichten ſtehender Mann abgeleget, und mit ſeinem Tode bekräftiget hat;

AND. GAIL. *Lib.* 2. *obſ.* 43. *n.* 5.

ferner c) eben dieſes auch das

Nr. actor. 8. *ſub Lit. F.*

beygebrachte Zeugniß des herrſchaftlichen Förſters Bernhard W. vom 1. Febr. 1727 beſtätiget, indem derſelbe als ein herrſchaftlicher Bedienter pflichtmäßig bezeuget, daß die jetzt ſtreitigen Waldſtücke zu dem klöſterlichen Wald zu H. gehören, und dieſes Zeugniß im gegenwärtigen Fall um ſo mehr Aufmerkſamkeit verdienet, je mehr es mit dem Inhalt der bereits angeführten Urkunden übereinkömmt, und je weniger gegen das Zeugniß dieſes Förſters ein gegründeter Verdacht erwächſet;

auch d) der 10

Nr. actor. 9. *ſub Lit. G.*

beygebrachte Auszug aus den Kloſterkellereyrechnungen ſolches noch weiter bekräftiget; und was Supplicatiſche Gemeinden gegen die Beweiskraft dieſer Rechnungen angeführet haben, in Erwägung deſſen

L. 19. *C. de rei vindic.*
L. 21. *C. de probat.*
AVG. LEYSER *ſpec.* 257. *med.* 2.

13 Endlich 4) die Gründe, womit Supplicatiſche Gemeinden ihr vorgegebenes Eigenthum dieſer Walddiſtricte behaupten wollen, von keiner Erheblichkeit ſind, anerwogen a) der unvordenkliche Beſitz derſelben auf ein leeres Vorgeben beruhet, ſo in actis im geringſten nicht beſcheiniget worden, b) der Umſtand, daß in dem bey den im vorigen Rechtsſtreit verhandelten Acten

Nr. 77.

befindlichen S. Grundriß des Arnds- und Stedterwaldes die jetzt ſtreitigen Waldſtücke als Zubehörungen des erſtern nicht angegeben, ſondern unter die Anſtöſſer deſſelben gezählet worden, nichts zur Sache thut, da der damalige Rechtsſtreit nicht die Zubehörungen des Arndswaldes überhaupt, ſondern blos die Frage betroffen, ob der damals allein ſtreitige Stedterwald als ein Theil des dem Kloſter gehörigen Arndswaldes anzuſehen, nach welcher Lage der Sache die Ausdrückung der jetzt ſtreitigen Waldſtücke ganz überflüſſig geweſen, und Anſtößer des im engeren Verſtande genommenen Arndswaldes gar wohl als Zubehörungen des Arndswaldes angeſehen werden können, wenn derſelbe in einer weitläuftigern Bedeutung genommen wird, auch c) ſo wenig die von Supplicatiſchen Gemeinden im Jahr 1750 beſorgte Cataſtrirung dieſer Waldſtücke, als d) die von denſelben entrichtete Abgaben als res inter alios acta einen rechtlichen Beweis ihres Eigenthums wirken mögen;

14 Mithin bey ſo geſtalten Sachen Supplicatiſche Gemeinden, wenn ſie damit auszulangen vermeinen, ſich nicht entbrechen mögen, ihr vorgegebenes Eigenthum an dieſen in Streit befangenen Walddiſtricten gegen den Namens des Kloſters Schl. bereits völlig geführten Beweis beſſer, wie geſchehen, beyzubringen, und ihnen dieſes als ein Gegenbeweis billig vorzubehalten geweſen;

So ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, mit Vergleichung der Koſten zu erkennen bewogen worden.

DECI-

DECISIO LIII.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Oeconomus rerum eccleſiaſticarum, qui victum ciuicum exercet, de iure tum communi, tum megapolitano immunitatem non habet ab oneribus aliorum ciuium, qui victu ſimili vtuntur.

II. Simplex decretum iudicis in cauſſa controuerſa (eine bloße Verordnung) a ſententia, quae liti vel principali vel incidenti finiendae inſeruire debet, probe eſt diſcernenda; neque vires rei iudicatae habet, licet contra illud adpellatio interpoſita non ſit.

III. Qui intuitu litis, quam duo inter ſe habent conteſtatam, intereſſe proprium directum et immediatum vrget; merito principaliter interuenire dicendus eſt.

IV Qui ad ſimilitudinem minorum beneficio reſtitutionis ex capite laeſionis gaudent, contra aeque priuilegiatos etiam, a quibus laeſi ſunt, hoc beneficio recte vtuntur.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Obſeruantia poteſt derogari iuri communi. n. 2.
Contra rem iudicatam fruſtra diſputatur. n. 3.
Qui per alium ius ſibi competens perſequitur interuentione principali vti nequit. n. 4.
An reſtitutio, quae ad exemplum minoris iure conceditur contra aeque priuilegiatum adhiberi poſſit quaeritur et adfirmatur. n. 5. et 14.
In actione negatoria onus probandi merito in reum deuoluitur. n. 6.
Haec probatio per allegationem et demonſtrationem ſimplicis poſſeſſionis non facta poteſt cenſeri. n. 7.
A pari gradu honoris et dignitatis ad parem ab oneribus publicis immunitatem non valet concluſio. n. 8.
Simplex iudicis iuſſus ſeu decretum vim rei iudicatae non habet. n. 9.

 Inter-

Intereſſe proprium directum et immediatum fundat ius interueniendi principaliter. n. 10.
Interuentio etiam in ſecuuda inſtantia locum adhuc habet. n. 11.
Qui principaliter interuenit, non tenetur cauſſam in ſtatu, quo hucusque eſt tractata, ſuſcipere. n. 12.
Rationes, quae corpori ciuium in dato caſu, licet res iudicata adeſſei, beneficium reſtitutionis largirentur, exponuntur. n. 13.

Urtheil.

Auf eingewandte reſtitutionem in integrum, deren Ausführung, darauf erfolgte Intervention und weiteres rechtliches Einbringen in Sachen Bürgermeiſter und Raths der Stadt D. Supplicaten jetzt Imploranten an einem, des Ehrn Superintendentis Z. zu P. und Kirchenſecretarii M. zu S. Namens der Kirchenöconomie zu D. Supplicanten jetzt Imploraten am andern, und der Wortbabenden Bürgerſchaft zu D. Intervenienten am dritten Theile, betreffend die Freyheit des D. Kirchen-Oeconomi von bürgerlichen Laſten,

erkennen Wir F. von Gottes Gnaden H. zu M. ꝛc., nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, für Recht:

1 Daß die von der Wortbabenden Bürgerſchaft angebrachte Intervention für unſtatthaft nicht zu halten, und Imploraten auf dieſelbe ſich einzulaſſen ſchuldig, und nunmehro allenthalben aus den Acten ſo viel zu befinden, daß das decretum vom 24. Aug. 1765 ad Nr. 7. actor. nicht zu beſtätigen und zu purificiren, ſondern vielmehr bey dem decreto vom 5. Febr. 1765 ad Nr. 2. actor. es lediglich zu laſſen, es könnten und wollten dann Imploraten, wie ihnen zu thun oblieget, binnen Ordnungsfriſt das einem D. Kirchen-Oeconomo als Bürger zuſtehende Recht der Freyheit von bürgerlichen Laſten rechtlicher Gebühr nach erweiſen, deſſen genöſſen ſie billig, und ergehet darauf mit Vorbehalt des den Imploranten zuſtehenden Gegenbeweiſes, beyder Theile Eidesdelation und anderer rechtlichen Nothdurſt, ferner was recht iſt. Von Rechts wegen.

Entſcheidungsgründe.

Obzwar A) was die Hauptſache anbetrifft, Imploraten zu behaupten ſuchen, daß Imploranten durch das den 20. Iun. 1766 eröffnete

Nr. 13. *actor.*

befind-

befindliche Erkenntniß, nach welchem, da Supplicaten dasjenige, was ihnen zu erweiſen auferleget, und ſie ſich angemaßet, wie recht, nicht erwieſen, das decretum vom 24. Aug. 1765 ſchlechtweg zu beſtätigen und zu purificiren, mithin dem D. Kirchen-Oeconomo auch als Bürger das Recht der völligen Freyheit von bürgerlichen Laſten und Abgaben zuzugeſtehen, keinesweges für beſchwert zu halten, ſondern ſelbiges vielmehr den Rechten und der Lage der Sachen vollkommen gemäß abgefaßt worden,

anerwogen 1) wenn gleich ſonſten nach der Regel die Freyheit eines 2
Bürgers von bürgerlichen Laſten nicht zu vermuthen, ſondern wie recht zu erweiſen, dennoch Imploranten in ihrer Replikſchrift

Nr. 5. actor.

nicht in Abrede ſtellen mögen, daß die vorigen Kirchen-Oeconomi, wenn ſie zugleich Rathsherren geweſen, dieſe Freyheit wirklich genoſſen, mithin dadurch in ſo fern die rechtliche Obſervanz dieſer Freyheit eingeräumet, einfolglich der gegenwärtige Rechtsſtreit bloß die Erſtreckung dieſer Obſervanz und die Beſchaffenheit des Obſervanzmäßigen Beſitzes dieſer Freyheit beträfe;

Dannenhero 2) da Imploraten in ihrer Duplikſchrift,

Nr. 7. actor.

daß der vorige Oeconomus L. auch zu einer Zeit, da er nicht mehr Rathsherr geweſen, dieſe Freyheit genoſſen, folglich der Obſervanzmäßige Beſitz dieſer Freyheit ſich auch auf einen Oeconomum, der nicht Rathsherr ſey, erſtrecke, dargethan, durch das darauf erfolgte decretum vom 24. Aug. 1765

ad Nr. 7. actor.

dem Kirchen-Oeconomo die behauptete Freyheit mit Recht zuerkannt, und den Imploranten ihr Vorgeben, daß die vorigen Oeconomi Non-Senatores die Freyheit von den Stadtlaſten wirklich nicht genoſſen, rechtlicher Art nach darzuthun, nachgelaſſen worden;

Hierauf 3) da Imploranten gegen dieſes Decret kein Rechtsmittel ein- 3
gewandt, und ſolches rechtskräftig werden laſſen, in der darauf eingebrachten Triplik aber

Nr. 9. actor.

den

den ihnen auferlegten Beweis nicht beygebracht, natürlich derſelben qualificirtes Geſtändniß des Obſervanzmäßigen Beſitzes der dem Oeconomo zuſtehenden Freyheit für purificirt, mithin auch beſagtes Decret vom 24. Aug. 1765 für purificirt gehalten, und dem Oeconomo die behauptete Freyheit ſchlechtweg zuerkannt werden müſſen;

Auch 4) Imploranten dagegen auf eine Rechtskraft des decreti vom 5. Febr. 1765.

ad Nr. 2. actor.

ſich um ſo weniger beziehen möchten, je deutlicher aus den Acten erhellſe, daß Imploraten dagegen in ihrer Exceptionsſchrift

Nr. 3. actor.

Vorſtellung gethan, und durch ein darauf erfolgtes Decret vom 4. Mart. 1765 die Aufhebung deſſelben erhalten;

Hiernächſt B) die Intervention der Worthabenden Bürgerſchaft anlangend, Imploraten auf ſelbige ſich einzulaſſen nicht ſchuldig zu ſeyn glauben, ſondern dieſe Intervention vielmehr für ganz unzuläſſig halten wollen,

4 indem 1) die Bürgerſchaft dieſe Sache bereits ſeit vielen Jahren dem Rath, als welchem ohne dies die Beſorgung des gemeinen Weſens oblieget,

Erbvergleich *de ann.* 1755. §. 370.

zu führen überlaſſen, und daher die gegen dieſen ergangene Erkenntniſſe als gegen ſich ſelbſt ergangene bekannten Rechten nach anzuſehen haben,

L. 63. D. de re iudic.

c. 25. X. de ſentent. et re iud.

mithin bey dieſen Umſtänden mit einer Intervention ſich zu melden, nicht für berechtiget zu halten;

BRUNNEMANN *Proc. ciu. cap.* 13. *n.* 16.

WERNHER *Part.* 2. *obſ.* 473.

Ferner 2) dieſe Intervention, wenn ſie auch für unzuläſſig nicht zu achten, dennoch nicht als eine Hauptintervention, ſondern bloß als eine

Neben-

Nebenintervention anzuſehen, einfolglich die Bürgerſchaft den bisherigen Rechtsſtreit im Zuſtande, worinn er zur Zeit der Intervention ſich befunden, aufzunehmen verbunden ſeyn würde, und keinesweges, wie ſie zu thun ſich angemaßet, eine weſentliche Veränderung des Reſtitutionslibells, ſo dem Rath nicht mehr zugeſtanden, zu unternehmen für befugt zu halten;

Knorre Anleitung zum Proceß *Lib.* 2. *cap.* 1. §. 3.

Auch 3) der Bürgerſchaft die auf allen Fall geſuchte auſſerordentliche Wiedereinſetzung in den vorigen Stand nicht ertheilt werden könnte, da a) dieſelbe noch keine Verletzung erwieſen, b) wenn auch eine Verletzung vorhanden wäre, der Regreß gegen den Rath zu nehmen,

L. 39. *D. ex quib. cauſſ. maior.*

L. 10. *C. de procurat.*

c) die zu dieſer Rechtswohlthat beſtimmte vierjährige Friſt ſeit 9 Jah-
ren, da dieſe Sache geruhet, vielfach verſtrichen, und d) gegen eine 5
Kirche, der dieſe Rechtswohlthat gleichfalls zuſtünde, ſolche nicht ertheilt werden dürfte;

Und aus dieſen Gründen, daß anders als geſchehen zu erkennen geweſen, es das Anſehen gewinnen möchte;

Dennoch aber und dieweil A) was die Hauptklage anbetrifft, die von Imploranten gegen das den 20. Iun. 1766 eröffnete

Nr. 13. *actor.*

befindliche Urtheil angeführte Beſchwerde, daß nach demſelben das Decret vom 14. Aug. 1765 und nicht vielmehr das Decret vom 5. Febr. 1765

ad Nr. 2. *actor.*

beſtätiget worden, allerdings für gegründet zu halten,

angeſehen 1) Imploranten in ihrer Widerklage

Nr. 2. *actor.* 6

dem Kirchen Oeconomo nicht bloß den Beſitz der angemaßten Freyheit von bürgerlichen Laſten, ſondern das Recht dieſer Freyheit ſelbſt ſtreitig gemacht, mithin der gegenwärtige Rechtsſtreit nicht bloß den ge-

genwärtigen und einſtweiligen Beſitz dieſer Freyheit, ſondern das Recht derſelben ſelbſt betrift, und auf deſſen Erörterung geht;

Ferner 2) der Grund der von Imploranten in petitorio dagegen angeſtellten negatoriſchen Klage ſo beſchaffen, daß er nicht allein in gemeinen Rechten, nach welchen ein jeder Bürger, der bürgerliche Güter beſitzet, und bürgerliche Handthierung treibet, den bürgerlichen Laſten unterworfen,

L. 18. §. 24. *D. de muner. et honor.*

L. 1. *C. de indiction.*

und ſelbſt ſo wenig in Städten wohnende Adeliche,

LEYSER *ſpec.* 670. *med.* 19. 21.

als landesherrliche Bediente davon ausgenommen ſind,

MEVIVS *Part.* 3. *dec.* 321.

für vollkommen gegründet zu halten, ſondern auch beſonders in Mecklenburgiſchen Landesgeſetzen noch weiter beſtätiget iſt;

Erbvergleich *de ann.* 1755. §. 374.

7 Einfolglich 3) Imploraten das behauptete Recht der Freyheit eines Kirchen-Oeconomi, welches der Regel der gemeinen Rechte und der Landesgeſetze widerſtreitet, den Rechten nach erweiſen ſollen,

WERNHER *Part.* 6. *obſ.* 450.

ſie auch von dieſem Beweiſe durch den vorgegebenen Beſitz ſothaner Freyheit ſich um deſto weniger befreyen mögen, da einestheils dieſer Beſitz von Imploranten nicht ſchlechtweg, ſondern nur in ſo fern als der Kirchen-Oeconomus zugleich Rathsherr geweſen, eingeräumet, in andern Fällen aber geleugnet, und von Imploraten der Gebühr nach nicht dargethan worden, anderntheils es im gegenwärtigen Rechtsſtreit nicht auf den bloßen Beſitz, ſondern auf das Recht ſelbſt ankömmt, von deſſen Beweiſe Imploraten in dem in Frage ſtehenden Fall, wo ſowohl die gemeinen als Landesrechte ihnen offenbar entgegen ſtehen, auch durch einen völlig eingeſtandenen Beſitz nicht befreyet werden möchten;

c. 7. *de priuileg. in* 6.

MEVIVS *Part.* 3. *dec.* 205. *n.* 2.

Auch

Auch 4) dasjenige, was Imploraten zur Begründung des vorgege⸗ 8
benen Rechts der Freyheit von der Gleichheit eines Oeconomi mit
einem Rathsherrn und von dem ſehr geringen Gehalt deſſelben ange⸗
führt, eine rechtliche Aufmerkſamkeit nicht verdienet, da von der Gleich⸗
heit des Ranges kein Schluß auf die Gleichheit der Freyheiten gemacht
werden mag, und die Beſoldung eines Kirchen⸗Oeconomi aus den Gütern
der Kirche und nicht aus den Gütern der Stadt und der Bürgerſchaft
genommen wird;

Weniger nicht 5) eine Rechtskraft des decreti vom 24. Aug. 1765
Imploranten auf keine Weiſe entgegen ſteht, indem a) dieſes Decret 9
keinesweges für ein Erkenntniß, welches rechtskräftig werden ſollen,
ſondern für ein ſimples Decret oder bloße Verordnung zu halten,
ſo bekannten Rechten nach keiner Rechtskraft fähig iſt,

L. 2. L. 4. C. comminat. epiſt. programmata.

b) Imploranten auch den Inhalt deſſelben keinesweges anerkannt, ſondern vielmehr in der ihnen freygelaſſenen Triplikſchrift

Nr. 9. actor.

dagegen gebührende Vorſtellung gethan, und ausgeführet, daß ſie mit dem auferlegten Beweiſe den Rechten nach nicht zu beſchweren, welche Vorſtellung auch angenommen und durch ein Decret vom 4. Dec. 1765

ad Nr. 9. actor.

dem Gegentheil zur Vernehmlaſſung communiciret worden, mithin c) dieſes Decret vom 24. Aug. 1765 ſo wie das Decret vom 5. Febr. 1765, wogegen Imploraten auch kein Rechtsmittel eingewandt, ſondern nur eine bloße Vorſtellung übergeben, als eine bloße Verordnung anzuſehen, welche auf eine dagegen übergebene Vorſtellung ohne Einwendung eines Rechtsmittels wieder aufgehoben werden können, und daher nicht rechtskräftig werden mögen, quoniam quod iuſſit vetuitue Praetor contrario imperio tollere et repetere licet, de ſententiis contra;

L. 14. D. de re iudic.

Hiernächſt B.) die Intervention der Worthabenden Bürgſchaft anlangend, ſelbige allerdings für zuläßig zu halten, und Imploraten, wenn ſie in Ruhe zu ſtehen nicht geſonnen, auf ſelbige ſich gebührend einzulaſſen verbunden ſind,

4. ſondern auch 3) die dritte Beſchwerde, daß in dieſer Sache das Kloſter als Kläger angeſehen und mit dem Beweiſe beladen worden; daher natürlich wegfalle, weil der vorhergehende Rechtsſtreit, worinn das Kloſter Beklagter geweſen, das Eigenthum des Stedterwaldes betroffen, und jetzt von Waldſtücken, worüber im vorigen Rechtsſtreit gar nicht geſtritten worden, als von Zubehörungen des Arndswaldes die Rede ſey, welche abgeleugnete Beſchaffenheit dieſer Waldſtücke nicht vermuthet werden könnte, ſondern vom Kloſter bewieſen werden müßte;

SAM. STRYK *caut. contr. Sect.* 2. *cap.* 8. §. 20.
Idem diſſert. de probat pertinentiar. cap. 2. *n.* 3.

Hiernächſt 4) die vierte Beſchwerde, daß der bisher geführte Beweis des Eigenthums dieſer ſtreitigen Diſtricte für zureichend nicht gehalten, und Supplicatiſchen Gemeinden allenfalls nicht vielmehr auferleget worden, ihr vorgegebenes Eigenthum dieſer Grundſtücke zu erweiſen, auch von keiner Erheblichkeit ſey,

5 angeſehen I.) die vom Conſiſtorio beygebrachten Beweismittel das daraus behauptete Eigenthum des Kloſters an dieſen Walddiſtricten wie recht zu begründen deshalb nicht vermögend ſeyen, indem a) in den

Nr. actor. 2. 3. *ſub Lit. A. B.*

angeführten rechtskräftigen Erkenntniſſen dieſer Wälder als Zubehörungen des Arndswaldes gar keine Erwähnung geſchehen, b) aus den

Nr. actor. 4. 5. *ſub Lit. C.*

beygebrachten Reſolutionen vom 24. und 28. May 1764 mit keinem Worte zu erſehen, daß ſelbige die jetzt in Frage ſtehenden Walddiſtricte betroffen, c) der Auszug aus dem ſogenannten rothen Buch

Nr. actor. 6. *ſub Lit. D.*

ausdrücklich bezeuge, daß der Arndswald an den Gaiſenhayn gehe, mithin denſelben nicht als einen Theil in ſich begreiſe, d) das Zeugniß des klöſterlichen Förſters Philipps B. vom 9. May 1722

Nr. actor. 7. *ſub Lit. E.*

als eines in Dienſten des Kloſters ſtehenden Mannes für ſelbiges nichts beweiſen möge, auch e) das Zeugniß des herrſchaftlichen Förſters Bernhard W. vom 1. Febr. 1727

Nr.

Nr. actor. 8. ſub Lit. F.

als ein auſſergerichtliches Privatzeugniß keinen Glauben verdiene, und f.) der beygebrachte Auszug aus den Kloſterkellereyrechnungen

Nr. actor. 9. ſub Lit. G.

als eine bloße Privatſchrift des Kloſters für ſelbiges einen rechtlichen Beweis zu machen nicht vermögend;

Dagegen II.) Supplicatiſche Gemeinden ihr behauptetes Eigenthum dieſer ihnen ſtreitig gemachten Diſtricte völlig erwieſen zu haben vermeinen, indem a) ſie ſich in einem unvordenklichen Beſitz derſelben ſowohl in Anſehung der Holzung als der Weide befänden, b) der in den vorhin verhandelten Acten 6

Nr. 77.

befindliche S. Riß vom Arndswalde, der in Gegenwart des Anwaldes des Kloſters und mit deſſelben Genehmigung verfertiget worden, nicht allein dieſe Waldſtücke als Zubehörungen des Arndswaldes nicht in ſich enthalte, ſondern vielmehr des Gaiſenhayns und des Pfaffenflößchens als bloßer Anſtößer des Arndswaldes Meldung thue, und ſolche dadurch von ſelbigem zureichend unterſcheide, auch c) im Jahr 1750 dieſe ſämmtlichen Grundſtücke bey Errichtung des neuen Steuerſtocks als Gemeinheitsſtücke cataſtriret, und d) die von denſelben entrichtende Abgaben von den Gemeinden abgetragen worden;

Aus welchen Gründen, daß auf dieſe Beſchwerden nicht erkannt werden ſollen, es das Anſehen gewinnen möchte;

Dennoch aber und dieweil wenn gleich die vom Supplicantiſchen Conſiſtorio angeführten drey erſten Beſchwerden, daß die Sache aus einem angeſtellten executiviſchen Proceß in einem ordinairen und zwar das Eigenthumsrecht betreffenden Proceß dergeſtalt eingeleitet worden, daß das Conſiſtorium den Beweis, daß die im Streit befangenen Walddiſtricte zu dem dem Kloſter Schl. zuſtehenden Arndswald gehören, führen ſollen, deswegen für gegründet nicht gehalten werden mögen, weil in den 7

Nr. Actor 2. 3.

bey-

beygebrachten rechtskräftigen Erkenntniſſen vom 14. Febr. 1750 und vom 18. May 1751 der jetzt ſtreitigen Waldſtücke als Zubehörungen des nach denſelben dem Kloſter zuſtehenden Arndswaldes keinesweges Meldung geſchehen, einfolglich es ganz natürlich geweſen, daß dem Kloſter dieſe angegebene Beſchaffenheit gedachter Waldſtücke der Gebühr nach zu beweiſen obgelegen, dennoch die vierte Beſchwerde deſſelben, daß ſolchem dieſen Beweis beſſer wie geſchehen, binnen Ordnungsfriſt zu führen auferlegt worden, allerdings für gegründet zu halten, da ſothaner Beweis in den bisher verhandelten Acten bereits zur Nothdurft beygebracht iſt,

8 angeſehen 1) aus den

Nr. actor. 6. 7. 8. 9. *ſub Lit. D. E. F. G.*

befindlichen Urkunden ſattſam erhellet, daß die in Frage ſtehenden Diſtricte als Zubehörungen des Arndwaldes dem Kloſter Schl. eigenthümlich gehören,

immaaßen 2) der Auszug aus dem ſogenannten rothen Buch vom Jahr 1621,

Nr. actor. 6. *ſub Lit. D.*

gegen deſſen Glaubwürdigkeit Supplicaten nichts anzuführen vermögend geweſen, die Gränzen des Arndswaldes ſo beſtimmet, daß er zuförderſt bey dem im Z. Grundriß

Nr. actor. 50.

nr. 9. bemerkten Steinberg anfange, und von daraus auf die daſelbſt nr. 6. angegebene kleine Schneid, von dannen durch ein daſelbſt nr. 7. bezeichnetes dünn Gehölz bis auf die nr. 5. bemerkte große Schneid ſich erſtrecke; aus welcher Gränzbeſtimmung vermöge des angeführten Z. Grundriſſes offenbar erhellet, daß nicht nur das Pfaffenflößchen, ſondern auch die Schafbäume nebſt dem dünnen Gehölz, durch welches der Arndswald an die große Schneid gränzen ſoll, als Stücke dieſes Waldes, ſo dem Kloſter eigenthümlich zuſtehen, anzuſehen,

daß hiernächſt gedachter Wald von der großen Schneid ſich herum bis an das Oberwäldchen zöge, an Fulde gränzte, und auf den Abſcheid herbey an den Gaiſenhayn gehe, welches nur ein Wald, und mit dieſem unterſchiedlichen Namen benennet werde; nach welcher Gränz-

Gränzbeſtimmung der Gaiſenhayn um ſo mehr als ein Theil des Arndswaldes anzuſehen, da er nicht allein mit demſelben nur einen Wald ausmachen ſoll, ſondern auch nur durch denſelben und durch den Oberwald, der darzu ohnſtreitig gehöret, an Fulde gränzen kann, mithin natürlich die Worte: an den Gaiſenhayn, ſo wie die vorhergehenden Worte: an das Oberwäldchen, einſchließend und nicht ausſchließend verſtanden werden müſſen;

weniger nicht b) das

Nr. actor. 7. *ſub Lit. E.*

befindliche Zeugniß des klöſterlichen Förſters Philipps B. vom 9. May 9
1722 alle dieſe im Streit befangenen Diſtricte als zu des Kloſters Waldungen gehörige Stücke angiebt, und dieſes Zeugniß Supplicatiſchen Einwendens ohngeachtet um ſo mehr Glauben verdienet, da einestheils es lange vor erhobenem Streit wegen der Zubehörungen des Arndswaldes ausgeſtellet worden, anderntheils beſagter Förſter ſolches als ein 79jähriger in klöſterlichen und herrſchaftlichen Dienſten und Pflichten ſtehender Mann abgeleget, und mit ſeinem Tode bekräftiget hat;

AND. GAIL. *Lib.* 2. *obſ.* 43. *n.* 5.

ferner c) eben dieſes auch das

Nr. actor. 8. *ſub Lit. F.*

beygebrachte Zeugniß des herrſchaftlichen Förſters Bernhard W. vom 1. Febr. 1727 beſtätiget, indem derſelbe als ein herrſchaftlicher Bedienter pflichtmäßig bezeuget, daß die jetzt ſtreitigen Waldſtücke zu dem klöſterlichen Wald zu H. gehören, und dieſes Zeugniß im gegenwärtigen Fall um ſo mehr Aufmerkſamkeit verdienet, je mehr es mit dem Inhalt der bereits angeführten Urkunden übereinkömmt, und je weniger gegen das Zeugniß dieſes Förſters ein gegründeter Verdacht erwächſet;

auch d) der 10

Nr. actor. 9. *ſub Lit. G.*

beygebrachte Auszug aus den Kloſterkellereyrechnungen ſolches noch weiter bekräftiget; und was Supplicatiſche Gemeinden gegen die Beweiskraft dieſer Rechnungen angeführet haben, in Erwägung deſſen

wegfällt, daß nicht allein dieſe Rechnungen von darauf vereidigten Perſonen geführet,

AVG. LEYSER *ſpec.* 268. *med.* 6.

und durch den Tod derſelben beſtätiget worden,

AND. GAIL. *Lib.* 2. *obſ.* 43. *n.* 6.

ſondern daß auch bekanntermaaßen die Geſetze ſelbſt Privaturkunden unter dergleichen Bedingungen eine Beweiskraft beylegen;

LYNCKER *Vol. 1. reſp.* 99. *n.* 22.

Struben rechtl. Bedenken, *Tom.* 1. *reſp.* 51. §. 3.

11 Hiernächſt 2) das Namens des Kloſters gegen Supplicatiſche Gemeinden behauptete Eigenthum dieſer Walddiſtricte auch dadurch auſſer Zweifel geſetzt wird, daß, da das Kloſter in den im vorigen Rechtsſtreit verhandelten Acten ausdrücklich behauptet, daß zu dem demſelben zuſtehenden Arndswald der Stedterwald nebſt den jetzt im Streit befangenen Stücken gehörten, Supplicatiſche Gemeinden blos den Stedterwald davon ausnehmen wollen, und ſich damals nicht einfallen laſſen, die jetzt in Frage ſtehenden Stücke dem Kloſter gleichfalls ſtreitig zu machen, ſondern vielmehr ſtillſchweigend das vom Kloſter ſchon zu der Zeit behauptete Eigenthum dieſer Stücke demſelben eingeräumet und zugeſtanden, wie ſolches aus dem

Nr. actor. 80. *ſub. Lit. H.*

befindlichen Auszug eines auf Verfügung der Regierung gehaltenen Protocolls vom 9. Octob. 1727., ſondern auch daraus erhellet, daß das Kloſter in der in beſagten vorigen Acten

Nr. 13.

übergebenen Exceptionsſchrift auf die oben berührten Urkunden

ſub Lit. D. E. F. G.

worinn dieſe Stücke nebſt dem Stedterwald zum Arndswald gerechnet werden, ſich ausdrücklich berufen, auch Supplicaten in ihrer Replikſchrift daſelbſt

Nr. 43.

ſich auf ſelbige eingelaſſen, ohne deren Inhalt in Anſehung der jetzt ſtreitigen Stücke im geringſten zu widerſprechen;

Sodann

Sodann 3) das dem Kloſter an den in Frage ſtehenden Walddiſtri- 12
cten gegen Supplicatiſche Gemeinden zuſtehende Eigenthum dadurch nicht wenig begründet wird, daß einestheils in keiner vorhandenen Beſchreibung der Mark dieſer Gemeinden der jetzt ſtreitigen Waldungen als ſolcher Waldungen, die den Gemeinden gehörten, im geringſten Meldung geſchehen, wie ſolches auſſer dem bereits angeführten Auszug aus dem rothen Buch vom Jahr 1621

Nr. actor. 6. *ſub Lit. D.*

ſowohl der Auszug aus dem E. Unterſuchungsprotocoll vom Jahr 1549

Nr. actor. 83. *ſub Lit. L.*

als auch der Auszug aus der S. Waldbeſchreibung vom Jahr 1688

Nr. actor. 84. *ſub Lit. M.*

mit mehrerem ergibt, anderntheils der herrſchaftliche Förſter L. in den im vorigen Rechtsſtreit verhandelten Acten

Nr. 3.

keine den Supplicatiſchen Gemeinden eigenthümliche Waldungen, ſondern blos einige Geſträuche oder Huthweiden anzugeben vermögend geweſen, drittentheils das Kloſter vermöge der

Nr. actor. 82. *ſub. Lit. K.*

beygebrachten Urkunde vom Jahr 1305 von dem Herrn von T. deſſen ſämmtliche in dieſer Mark gelegenen Güter ſammt dem Recht der Advocatie vollkommen eigenthümlich erhalten, und daher auch die in dieſer Mark um beſagten Arndswald belegenen Grundſtücke nach dem Z. Grundriß ſämmtlich als klöſterliche Laaß- und Erbzinsgüter angeſehen werden, dieſem hinzutritt, daß die ſtreitigen Waldſtücke vom Arndswald gar nicht als davon verſchiedene Stücke durch Gränzſteine abgeſondert, wie dennoch geſchehen ſeyn dürfte, wenn ſelbige nicht als Zubehörungen deſſelben zu betrachten;

und bekannten Rechten nach ein Eigenthum beſonders in Anſehung bloßer Zubehörungen auch durch dergleichen ſtarke Vermuthungen allein wohl bewieſen werden mag;

L. 19. *C. de rei vindic.*
L. 21. *C. de probat.*
AVG. LEYSER *ſpec.* 257. *med.* 2.

13 Endlich 4) die Gründe, womit Supplicatiſche Gemeinden ihr vorgegebenes Eigenthum dieſer Walddiſtricte behaupten wollen, von keiner Erheblichkeit ſind, anerwogen a) der unvordenkliche Beſitz derſelben auf ein leeres Vorgeben beruhet, ſo in actis im geringſten nicht beſcheiniget worden, b) der Umſtand, daß in dem bey den im vorigen Rechtsſtreit verhandelten Acten
Nr. 77.
befindlichen S. Grundriß des Arnds- und Stedterwaldes die jetzt ſtreitigen Waldſtücke als Zubehörungen des erſtern nicht angegeben, ſondern unter die Anſtöſſer deſſelben gezählet worden, nichts zur Sache thut, da der damalige Rechtsſtreit nicht die Zubehörungen des Arndswaldes überhaupt, ſondern blos die Frage betroffen, ob der damals allein ſtreitige Stedterwald als ein Theil des dem Kloſter gehörigen Arndswaldes anzuſehen, nach welcher Lage der Sache die Ausdrückung der jetzt ſtreitigen Waldſtücke ganz überflüſſig geweſen, und Anſtößer des im engeren Verſtande genommenen Arndswaldes gar wohl als Zubehörungen des Arndswaldes angeſehen werden können, wenn derſelbe in einer weitläuftigern Bedeutung genommen wird, auch c) ſo wenig die von Supplicatiſchen Gemeinden im Jahr 1750 beſorgte Cataſtrirung dieſer Waldſtücke, als d) die von denſelben entrichtete Abgaben als res inter alios acta einen rechtlichen Beweis ihres Eigenthums wirken mögen;

14 Mithin bey ſo geſtalten Sachen Supplicatiſche Gemeinden, wenn ſie damit auszulangen vermeinen, ſich nicht entbrechen mögen, ihr vorgegebenes Eigenthum an dieſen in Streit befangenen Walddiſtricten gegen den Namens des Kloſters Schl. bereits völlig geführten Beweis beſſer, wie geſchehen, beyzubringen, und ihnen dieſes als ein Gegenbeweis billig vorzubehalten geweſen;

So ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, mit Vergleichung der Koſten zu erkennen bewogen worden.

DECI-

DECISIO LIII.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Oeconomus rerum eccleſiaſticarum, qui victum ciuicum exercet, de iure tum communi, tum megapolitano immunitatem non habet ab oneribus aliorum ciuium, qui victu ſimili vtuntur.

II. Simplex decretum iudicis in cauſſa controuerſa (eine bloße Verordnung) a ſententia, quae liti vel principali vel incidenti finiendae inſeruire debet, probe eſt diſcernenda; neque vires rei iudicatae habet, licet contra illud adpellatio interpoſita non ſit.

III. Qui intuitu litis, quam duo inter ſe habent conteſtatam, intereſſe proprium directum et immediatum vrget; merito principaliter interuenire dicendus eſt.

IV Qui ad ſimilitudinem minorum beneficio reſtitutionis ex capite laeſionis gaudent, contra aeque priuilegiatos etiam, a quibus laeſi ſunt, hoc beneficio recte vtuntur.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Obſeruantia poteſt derogari iuri communi. n. 2.
Contra rem iudicatam fruſtra diſputatur. n. 3.
Qui per alium ius ſibi competens perſequitur interuentione principali vti nequit. n. 4.
An reſtitutio, quae ad exemplum minoris iure conceditur contra aeque priuilegiatum adhiberi poſſit quaeritur et adfirmatur. n. 5. et 14.
In actione negatoria onus probandi merito in reum deuoluitur. n. 6.
Haec probatio per allegationem et demonſtrationem ſimplicis poſſeſſionis non facta poteſt cenſeri. n. 7.
A pari gradu honoris et dignitatis ad parem ab oneribus publicis immunitatem non valet concluſio. n. 8.
Simplex iudicis iuſſus ſeu decretum vim rei iudicatae non habet. n. 9.

Intereſſe proprium directum et immediatum fundat ius interueniendi principaliter. n. 10.
Interuentio etiam in ſecunda inſtantia locum adhuc habet. n. 11.
Qui principaliter interuenit, non tenetur cauſſam in ſtatu, quo hucusque eſt tractata, ſuſcipere. n. 12.
Rationes, quae corpori ciuium in dato caſu, licet res iudicata adeſſet, beneficium reſtitutionis largirentur, exponuntur. n. 13.

Urtheil.

Auf eingewandte reſtitutionem in integrum, deren Ausführung, darauf erfolgte Intervention und weiteres rechtliches Einbringen in Sachen Bürgermeiſter und Raths der Stadt D. Supplicaten jeʒt Imploranten an einem, des Ehrn Superintendentis Z. zu P. und Kirchenſecretarii M. zu S. Namens der Kirchenöconomie zu D. Supplicanten jeʒt Imploraten am andern, und der Worthabenden Bürgerſchaft zu D. Intervenienten am dritten Theile, betreffend die Freyheit des D. Kirchen-Oeconomi von bürgerlichen Laſten,

erkennen **Wir F. von Gottes Gnaden H. zu M. ꝛc.**, nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, für Recht:

1 Daß die von der Worthabenden Bürgerſchaft angebrachte Intervention für unſtatthaft nicht zu halten, und Imploraten auf dieſelbe ſich einzulaſſen ſchuldig, und nunmehro allenthalben aus den Acten ſo viel zu befinden, daß das decretum vom 24. Aug. 1765 ad Nr. 7. actor. nicht zu beſtätigen und zu purificiren, ſondern vielmehr bey dem decreto vom 5. Febr. 1765 ad Nr. 2. actor. es lediglich zu laſſen, es könnten und wollten dann Imploraten, wie ihnen zu thun oblieget, binnen Ordnungsfriſt das einem D. Kirchen-Oeconomo als Bürger zuſtehende Recht der Freyheit von bürgerlichen Laſten rechtlicher Gebühr nach erweiſen, deſſen genöſſen ſie billig, und ergehet darauf mit Vorbehalt des den Imploranten zuſtehenden Gegenbeweiſes, beyder Theile Eidesdelation und anderer rechtlichen Nothdurſt, ferner was recht iſt. Von Rechts wegen.

Entſcheidungsgründe.

Obzwar A) was die Hauptſache anbetrifft, Imploraten zu behaupten ſuchen, daß Imploranten durch das den 20. Iun. 1766 eröffnete *Nr.* 13. *actor.*

befind-

befindliche Erkenntniß, nach welchem, da Supplicaten dasjenige, was ihnen zu erweiſen auferleget, und ſie ſich angemaßet, wie recht, nicht erwieſen, das decretum vom 24. Aug. 1765 ſchlechtweg zu beſtätigen und zu purificiren, mithin dem D. Kirchen-Oeconomo auch als Bürger das Recht der völligen Freyheit von bürgerlichen Laſten und Abgaben zuzugeſtehen, keinesweges für beſchwert zu halten, ſondern ſelbiges vielmehr den Rechten und der Lage der Sachen vollkommen gemäß abgefaßt worden,

anerwogen 1) wenn gleich ſonſten nach der Regel die Freyheit eines Bürgers von bürgerlichen Laſten nicht zu vermuthen, ſondern wie recht zu erweiſen, dennoch Imploranten in ihrer Replikſchrift 2

Nr. 5. *actor.*

nicht in Abrede ſtellen mögen, daß die vorigen Kirchen-Oeconomi, wenn ſie zugleich Rathsherren geweſen, dieſe Freyheit wirklich genoſſen, mithin dadurch in ſo fern die rechtliche Obſervanz dieſer Freyheit eingeräumet, einfolglich der gegenwärtige Rechtsſtreit bloß die Erſtreckung dieſer Obſervanz und die Beſchaffenheit des Obſervanzmäßigen Beſitzes dieſer Freyheit beträfe;

Dannenhero 2) da Imploraten in ihrer Duplikſchrift,

Nr. 7. *actor.*

daß der vorige Oeconomus L. auch zu einer Zeit, da er nicht mehr Rathsherr geweſen, dieſe Freyheit genoſſen, folglich der Obſervanzmäßige Beſitz dieſer Freyheit ſich auch auf einen Oeconomum, der nicht Rathsherr ſey, erſtrecke, dargethan, durch das darauf erfolgte decretum vom 24. Aug. 1765

ad Nr. 7. *actor.*

dem Kirchen-Oeconomo die behauptete Freyheit mit Recht zuerkannt, und den Imploranten ihr Vorgeben, daß die vorigen Oeconomi Non-Senatores die Freyheit von den Stadtlaſten wirklich nicht genoſſen, rechtlicher Art nach darzuthun, nachgelaſſen worden;

Hierauf 3) da Imploranten gegen dieſes Decret kein Rechtsmittel eingewandt, und ſolches rechtskräftig werden laſſen, in der darauf eingebrachten Triplik aber 3

Nr. 9. *actor.*

den

den ihnen auferlegten Beweis nicht beygebracht, natürlich derſelben qualificirtes Geſtändniß des Obſervanzmäßigen Beſitzes der dem Oeconomo zuſtehenden Freyheit für purificirt, mithin auch beſagtes Decret vom 24. Aug. 1765 für purificirt gehalten, und dem Oeconomo die behauptete Freyheit ſchlechtweg zuerkannt werden müſſen;

Auch 4) Imploranten dagegen auf eine Rechtskraft des decreti vom 5. Febr. 1765.

ad Nr. 2. actor.

ſich um ſo weniger beziehen möchten, je deutlicher aus den Acten erhelle, daß Imploraten dagegen in ihrer Exceptionsſchrift

Nr. 3. actor.

Vorſtellung gethan, und durch ein darauf erfolgtes Decret vom 4. Mart. 1765 die Aufhebung deſſelben erhalten;

Hiernächſt B) die Intervention der Worthabenden Bürgerſchaft anlangend, Imploraten auf ſelbige ſich einzulaſſen nicht ſchuldig zu ſeyn glauben, ſondern dieſe Intervention vielmehr für ganz unzuläſſig halten wollen,

4 indem 1) die Bürgerſchaft dieſe Sache bereits ſeit vielen Jahren dem Rath, als welchem ohne dies die Beſorgung des gemeinen Weſens oblieget,

Erbvergleich *de ann.* 1755. §. 370.

zu führen überlaſſen, und daher die gegen dieſen ergangene Erkenntniſſe als gegen ſich ſelbſt ergangene bekannten Rechten nach anzuſehen haben,

L. 63. D. de re iudic.

c. 25. X. de ſentent. et re iud.

mithin bey dieſen Umſtänden mit einer Intervention ſich zu melden, nicht für berechtiget zu halten;

BRUNNEMANN *Proc. civ. cap.* 13. *n.* 16.

WERNHER *Part.* 2. *obſ.* 473.

Ferner 2) dieſe Intervention, wenn ſie auch für unzuläſſig nicht zu achten, dennoch nicht als eine Hauptintervention, ſondern bloß als eine

Neben-

Nebenintervention anzuſehen, einfolglich die Bürgerſchaft den bisherigen Rechtsſtreit im Zuſtande, worinn er zur Zeit der Intervention ſich befunden, aufzunehmen verbunden ſeyn würde, und keinesweges, wie ſie zu thun ſich angemaßet, eine weſentliche Veränderung des Reſtitutionslibells, ſo dem Rath nicht mehr zugeſtanden, zu unternehmen für befugt zu halten;

Knorre Anleitung zum Proceß *Lib.* 2. *cap.* 1. §. 3.

Auch 3) der Bürgerſchaft die auf allen Fall geſuchte auſſerordentliche Wiedereinſetzung in den vorigen Stand nicht ertheilt werden könnte, da a) dieſelbe noch keine Verletzung erwieſen, b) wenn auch eine Verletzung vorhanden wäre, der Regreß gegen den Rath zu nehmen,

L. 39. *D. ex quib. cauſſ. maior.*

L. 10. *C. de procurat.*

c) die zu dieſer Rechtswohlthat beſtimmte vierjährige Friſt ſeit 9 Jah-
ren, da dieſe Sache geruhet, vielfach verſtrichen, und d) gegen eine 5
Kirche, der dieſe Rechtswohlthat gleichfalls zuſtünde, ſolche nicht
ertheilt werden dürfte;

Und aus dieſen Gründen, daß anders als geſchehen zu erkennen geweſen, es das Anſehen gewinnen möchte;

Dennoch aber und dieweil A) was die Hauptklage anbetrifft, die von Imploranten gegen das den 20. Iun. 1766 eröffnete

Nr. 13. *actor.*

befindliche Urtheil angeführte Beſchwerde, daß nach demſelben das Decret vom 14. Aug. 1765 und nicht vielmehr das Decret vom 5. Febr. 1765

ad Nr. 2. *actor.*

beſtätiget worden, allerdings für gegründet zu halten,

angeſehen 1) Imploranten in ihrer Widerklage

Nr. 2. *actor.* 6

dem Kirchen Oeconomo nicht bloß den Beſitz der angemaßten Freyheit von bürgerlichen Laſten, ſondern das Recht dieſer Freyheit ſelbſt ſtreitig gemacht, mithin der gegenwärtige Rechtsſtreit nicht bloß den ge-

genwärtigen und einſtweiligen Beſitz dieſer Freyheit, ſondern das Recht derſelben ſelbſt betrift, und auf deſſen Erörterung geht;

Ferner 2) der Grund der von Imploranten in petitorio dagegen angeſtellten negatoriſchen Klage ſo beſchaffen, daß er nicht allein in gemeinen Rechten, nach welchen ein jeder Bürger, der bürgerliche Güter beſitzet, und bürgerliche Handthierung treibet, den bürgerlichen Laſten unterworfen,

L. 18. §. 24. *D. de muner. et honor.*

L. 1. *C. de indiction.*

und ſelbſt ſo wenig in Städten wohnende Adeliche,

LEYSER *ſpec.* 670. *med.* 19. 21.

als landesherrliche Bediente davon ausgenommen ſind,

MEVIUS *Part.* 3. *dec.* 321.

für vollkommen gegründet zu halten, ſondern auch beſonders in Mecklenburgiſchen Landesgeſetzen noch weiter beſtätiget iſt;

Erbvergleich *de ann.* 1755. §. 374.

7 Einfolglich 3) Imploraten das behauptete Recht der Freyheit eines Kirchen-Oeconomi, welches der Regel der gemeinen Rechte und der Landesgeſetze widerſtreitet, den Rechten nach erweiſen ſollen,

WERNHER *Part.* 6. *obſ.* 450.

ſie auch von dieſem Beweiſe durch den vorgegebenen Beſitz ſothaner Freyheit ſich um deſto weniger befreyen mögen, da einestheils dieſer Beſitz von Imploranten nicht ſchlechtweg, ſondern nur in ſo fern als der Kirchen-Oeconomus zugleich Rathsherr geweſen, eingeräumet, in andern Fällen aber geleugnet, und von Imploraten der Gebühr nach nicht dargethan worden, anderntheils es im gegenwärtigen Rechtsſtreit nicht auf den bloßen Beſitz, ſondern auf das Recht ſelbſt ankömmt, von deſſen Beweiſe Imploraten in dem in Frage ſtehenden Fall, wo ſowohl die gemeinen als Landesrechte ihnen offenbar entgegen ſtehen, auch durch einen völlig eingeſtandenen Beſitz nicht befreyet werden möchten;

c. 7. *de priuileg. in* 6.

MEVIUS *Part.* 3. *dec.* 205. *n.* 2.

Auch

Auch 4) dasjenige, was Imploraten zur Begründung des vorgege- 8
benen Rechts der Freyheit von der Gleichheit eines Oeconomi mit
einem Rathsherrn und von dem ſehr geringen Gehalt deſſelben ange-
führt, eine rechtliche Aufmerkſamkeit nicht verdienet, da von der Gleich-
heit des Ranges kein Schluß auf die Gleichheit der Freyheiten gemacht
werden mag, und die Beſoldung eines Kirchen-Oeconomi aus den Gütern
der Kirche und nicht aus den Gütern der Stadt und der Bürgerſchaft
genommen wird;

Weniger nicht 5) eine Rechtskraft des decreti vom 24. Aug. 1765
Imploranten auf keine Weiſe entgegen ſteht, indem a) dieſes Decret 9
keinesweges für ein Erkenntniß, welches rechtskräftig werden ſollen,
ſondern für ein ſimples Decret oder bloße Verordnung zu halten,
ſo bekannten Rechten nach keiner Rechtskraft fähig iſt,

L. 2. L. 4. C. comminat. epiſt. programmata.

b) Imploranten auch den Inhalt deſſelben keinesweges anerkannt, ſondern vielmehr in der ihnen freygelaſſenen Triplikſchrift

Nr. 9. actor.

dagegen gebührende Vorſtellung gethan, und ausgeführet, daß ſie mit dem auferlegten Beweiſe den Rechten nach nicht zu beſchweren, welche Vorſtellung auch angenommen und durch ein Decret vom 4. Dec. 1765

ad Nr. 9. actor.

dem Gegentheil zur Vernehmlaſſung communiciret worden, mithin c) dieſes Decret vom 24. Aug. 1765 ſo wie das Decret vom 5. Febr. 1765, wogegen Imploraten auch kein Rechtsmittel eingewandt, ſondern nur eine bloße Vorſtellung übergeben, als eine bloße Verordnung anzuſehen, welche auf eine dagegen übergebene Vorſtellung ohne Einwendung eines Rechtsmittels wieder aufgehoben werden können, und daher nicht rechtskräftig werden mögen, quoniam quod iuſſit vetuitue Praetor contrario imperio tollere et repetere licet, de ſententiis contra;

L. 14. D. de re iudic.

Hiernächſt B.) die Intervention der Worthabenden Bürgſchaft anlangend, ſelbige allerdings für zuläßig zu halten, und Imploraten, wenn ſie in Ruhe zu ſtehen nicht geſonnen, auf ſelbige ſich gebührend einzulaſſen verbunden ſind,

10 anerwogen 1) es wohl unſtreitig iſt, daß die Bürgerſchaft im gegenwärtigen Rechtsſtreit eigentlich für den rechtmäßigen contradictorem zu halten, und derſelben hauptſächlich und unmittelbar daran gelegen iſt, daß ein Kirchen-Oeconomus, der in der Stadt die ſtärkſte bürgerliche Nahrung treiben kann, zu ihrem Nachtheil ſich nicht zur Ungebühr eine Freyheit von bürgerlichen Laſten anmaße, mithin derſelben an ſich nicht allein das Recht ſich interueniendo zu melden zuſtehet,

L. 5. *pr.*., *L.* 14. *pr. D. de appellat.*

ſondern auch deren Intervention ob intereſſe proprium directum et immediatum als eine Hauptintervention und nicht als bloße Nebenintervention anzuſehen,

BERGER *Elect. diſcept. forenſ. Tit.* 15. *obſ.* 3. *pag.* 452.

11 Auch 2) wenn gleich die Bürgerſchaft dieſe Sache vom Bürgermeiſter und Rath bisher führen laſſen, dennoch, da die Sache noch anhängig und unentſchieden iſt, ihr das Recht durch eine Intervention ſich zu melden, und dadurch re adhuc integra einen beſorgten Schaden abzuwenden, um ſo mehr zuſtehen muß, je weniger ihr ſolches bekannten Rechten nach verſagt werden dürfte, wenn ſie ſich deſſelben auch allererſt durch eine Appellation bedienet hätte,

cit. L. 5. *pr.*, *L.* 14. *pr. D. de appellat.*

weswegen die von Imploraten dagegen angeführten Texte, als

L. 63. *D. de re iudic.*

c. 25. *X. de ſentent. et re iudic.*

welche von einer in ſolchem Fall bereits rechtskräftig entſchiedenen Sache reden, im gegenwärtigen Fall keine Anwendung haben mögen;

Ferner 3) da dieſe Intervention allerdings als eine Hauptintervention anzuſehen, die Bürgerſchaft den bisher von Bürgermeiſter und Rath geführten Rechtsſtreit in dem vorgefundenen Zuſtand aufzunehmen nicht für ſchuldig zu halten, ſondern zum Behuf ihres Rechts neuer Gründe ſich zu bedienen wohl befugt;

BERGER *loc. cit. Tit.* 15. *obſ.* 2. *p.* 446.

Zumalen 4) derſelben, wenn ſie auch nach ſtrengem Rechte an der In- 13
tervention ganz oder zum Theil ſich verſäumt haben möchte, bekannten Rechten nach die Rechtswohlthat der auſſerordentlichen Wiedereinſetzung in den vorigen Stand nicht verſagt werden dürfte,

L. 3. *C. de iure reipublicae.*

LEYSER *ſpec.* 61. *cor.* 1.

und was Imploraten dagegen eingewandt von keiner Erheblichkeit iſt, angeſehen quoad a) die Verletzung augenſcheinlich iſt, wenn durch eine zur Ungebühr erhaltene Freyheit eines Kirchen-Oeconomi, von deſſen Freyheit das Wohl der Kirche nicht abhängt, die demſelben gebührenden Laſten auf andere Bürger gewälzet werden,

arg. L. 7. *§.* 3. *D. de minor.*

LEYSER *ſpec.* 670. *med.* 1.

quoad b) der Bürgerſchaft, welche die Rechte der Minderjährigen hat, den Rechten nach keineswegs anzumuthen, bey einer geſchehenen Verletzung zuförderſt ihren Regreß gegen Bürgermeiſter und Rath zu nehmen,

L. 3., *L.* 5. *C. ſi tutor vel curator interuenerit.*

MEVIVS *Part.* 7. *dec.* 286.

und die vom Imploraten angeführten Geſetze,

L. 39. *D. ex quib. cauſſ. maior.*

L. 10. *C. de procurat.*

als welche von Anwälden reden, hier keine Anwendung haben, quoad c) die in Rechten zu dieſer Rechtswohlthat beſtimmte vierjährige Friſt um ſo weniger bereits für verſtrichen zu halten, je weniger bezweifelt werden mag, daß der Bürgerſchaft dieſe Rechtswohlthat noch binnen 4 Jahren nach einem noch künftigen widrigen rechtskräftigen Urtheil zuſtehen würde,

c. 1. 2. *de reſtit. in integr. in* 6.

14 und quoad d) da die Bürgerſchaft einen Schaden abzuwenden, und dagegen die Kirchenöconomie für ihren Oeconomum einen unbilligen Vortheil zu erhalten ſucht, welcher der Bürgerſchaft deſto empfindlicher fällt, je ſtärker des Oeçonomi bürgerliche Nahrung iſt, und je weniger er daher dieſe Freyheit zu ſeinem Unterhalt nöthig hat, kein gegründeter Zweifel obwalten mag, daß der Bürgerſchaft auch gegen die Kirche die Rechtswohlthat der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand angedeihen müßte;

L. 11. §. 6., *L.* 34. *D. de minor.*

LEYSER *ſpec.* 61. *med.* 7.

Als ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, zu erkennen bewogen worden.

CON-

CONSILIVM LIV.

THEMA PRINCIPALE.

Singularia iuris ſtatutarii Coburgenſis intuitu bonorum a coniuge relictorum coniugem ſuperſtitem inter et liberos relictos diuidendorum exponuntur.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio iuris inde formata. n. 2.
Diuiſio, quam liberi cum matre intuitu paternorum inſtituerunt, illos a iure maternae ſucceſſionis non excludit. n. 3.
Rationes adducuntur, quare in caſu propoſito liberi etiam ſecundum ſtatuta Coburgenſia a materna ſucceſſione non excluſi videantur. n. 4.
Quid ſecundum ſtatuta Coburgenſia ratione ſucceſſionis inter coniuges poſt annum et diem ex inito matrimonio obtineat, in caſu non extantium liberorum notatur. n. 5.
Quid ſecundum eadem ſtatuta iuris ſit in caſu exſtantium liberorum, matre ad ſecunda vota procedente, docetur. n. 6.
In praeſente caſu liberi prioris matrimonii loco praecipui ex paternis ſalua in materna ſucceſſione ipſis adſignati plenam ſeparationem obtinuerunt, hincque ſecundum iura Coburgenſia ius in maternam hereditatem ſuccedendi amiſerunt. n. 7.
Refutatio rationum dubitandi. n. 8.
Deciſio quaeſtionis propoſitae. n. 9.

Unſere freundliche Dienſte zuvor,

Hochedler und Hochgelahrter,

Günſtiger Herr und guter Freund.

Als uns derſelbe eine Geſchichtserzählung mit beygefügter urſchriftlicher Urkunde und angehefteten Beylagen, ſo hiebey ſämmtlich zurück gehen, nebſt einer Rechtsfrage zugeſandt, und darüber unſer im Rechten gegründetes Gutachten zu ertheilen gebeten;

Demnach erachten wir nach fleißiger derſelben Verleſung und gemeinſchaftlich gepflogener Erwegung den Rechten gemäß zu ſeyn:

Iſt

1 Iſt weyland Elias Chriſtoph K. Bürger und Goldarbeiter zu C. den 21 Febr. 1761 mit Tode abgegangen, und hat nebſt einem anſehnlichen Vermögen eine Wittwe Iuliane Margarethe K. nebſt dreyen unmündigen Kindern, als einer Tochter Iuliane Eliſabeth von 6½ Jahren, einer Tochter Friederica Margaretha Magdalena von 5½ Jahre, und einem Sohn Chriſtian Philipp von 2½ Jahren nachgelaſſen.

Hat hierauf deſſelben Wittwe Iuliane Margarethe K. im folgenden Jahre 1762 ſich mit dem Kauf- und Handelsmann und nachherigen Commercienrath Iohann Georg Sch. anderweitig verehelichet, und in den mit Einwilligung des Vormundes ihrer unmündigen Kinder Chriſtian Philipp S. vor dem C. Magiſtrat unter dem 16. Ian. 1762 errichteten Ehepacten §. 2. feſtgeſetzet, daß, weil die Kinder noch unmündig und gering, und daher dieſelben von ihrer Mutter nicht abzuſondern, und eine Grundtheilung des väterlichen Vermögens nicht vorzunehmen, denenſelben wegen ihres väterlichen Vermögens zuſammen 10500 Gulden Fränkiſch, mithin jedem 3500 Fl. Fränkiſch zu einem Voraus dergeſtalt verſchrieben ſeyn ſollen, daß den Töchtern derſelbe nach Jahr und Tag nach vollzogener Ehe, dem Sohn aber nach Anſtellung eines eigenen Haushalts auszuzahlen.

Als nun die älteſte Tochter im Jahr 1773 mit dem Hofadvocat Philipp Iacob R., und die zweyte im Jahr 1774. mit dem Kauf- und Handelsmann auch Secretaire Gottlieb Friederich W. ſich verheirathet, der beſtimmte Voraus der erſtern aber nicht zu geſetzter Zeit ausgezahlet worden; hat der Hofadvocat R. mit dieſem Voraus nicht zufrieden zu ſeyn, ſondern, weil der Commercienrath Sch. mit vielen Schulden beladen, und das K. Vermögen während deſſen Verwaltung merklich geſchwächet worden, auf eine erbliche Grundtheilung zu dringen, ſich gemüſſiget geſehen.

Nachdem dieſe Grundtheilung vermöge eines Receſſes vom 12. Iul. 1774 mit Einwilligung ſämmtlicher Intereſſenten und deren beſtellter Vormünder, mit allgemeiner und beſonderer Entſagung aller Ausflüchte und Einreden, auch unter dem 20. Dec. 1774 erfolgter Beſtätigung der Herzoglich Sächſiſchen Regierung zu C. dergeſtalt vorgenommen worden, daß man vermöge des §. 4. einmüthig beliebet, a) den Fall anzunehmen, als wenn nach dem Tode weyland Elias Chriſtoph K.

zur

zur Grundtheilung geſchritten würde, b) von den gedachten Ehepacten ganz zu abſtrahiren, c) das von der Commercienräthin S. dem Stadtrath zu C. den 13. Aug. 1761 übergebene Verzeichniß des K. Nachlaſſes ohne einen Manifeſtationseid als richtig anzunehmen, d) wegen der Verwaltung und des Nießbrauchs des K. Vermögens ſo wenig an die Eltern, als wegen des Unterhalts und der Erziehung an die Kinder einen Anſpruch zu machen, und e) das gedachte Verzeichniß von Punct zu Punct durchzugehen, den wahren Beſtand der zu theilenden Maſſe daraus zu beſtimmen, und ſodann nach geſchehener gebührender Einwerfung in die gemeine Theilung die zu theilende Maſſe in vier gleiche Theile zwiſchen der Mutter und ihren drey K. Kindern erblich zu vertheilen; hat die Größe des zu theilenden Vermögens, nachdem die Mutter dasjenige, ſo ſie ihrem Ehemann zugebracht, mit zur Theilung gebracht, 38294 Fl. Frk. 3 gr. 5 pf. betragen, wovon der Mutter 9573 Fl. Frk. 10 gr. 10¾ pf. zugefallen, welche ſelbige vermöge des §. 9. dieſes Receſſes ihrem zweyten Ehemann wirklich zugebracht, auch ſich desfalls alle nach Geſetzen und dem Landesgebrauch zuſtehende Befugniſſe und Vorrechte vorbehalten, ob ſie gleich ſelbige bey der Gewährſchaft an die Kinder erſterer Ehe aufopfern müſſen, die drey Kinder aber ſtatt der ihnen gebührenden 28720 Fl. Frk 12 gr. 6¾ pf., nur 26832 Fl. 6 gr. 1 pf. erhalten, und den fehlenden Reſt von 1888 Fl. 6 gr. 5¾ pf., wegen einer von den S. Eheleuten aus dem ihnen durch dieſe Grundtheilung entzogenen Nießbrauch des K. Vermögens gemachten anſehnlichen Forderung, mit Uebernehmung zweyer von dem Commercienrath S. erborgten Capitalien, wovon jedes 1000 Fl. betragen, vermöge eines gütlichen Vergleichs fahren laſſen.

Iſt hierauf die Commercienräthin S. am 16. Aug. 1775, ohne eine letzte Willensverordnung errichtet zu haben, mit Hinterlaſſung der gedachten 3 Kinder erſter Ehe, eines Sohnes zweyter Ehe von 8 Jahren, und ihres zweyten Ehemannes des Commercienrath S. mit Tode abgegangen, und entſteht daher die

Frage:

Ob die drey K. Kinder durch die vermöge des Theilungsreceſſes vom 12. Iul. 1774 geſchehene Grundtheilung der ſogenannten K. Verlaſſenſchaft dergeſtalt abgefunden worden, daß ſie nunmehro

a) an den ihrer ſeel. Mutter daraus zugefallenen und dem Commercienrath S. zugebrachten 9573 Fl. 10 gr. 10¼ pf., b) an derſelben nachgelaſſenen beträchtlichen pretioſis, die ſie größtentheils von dem erſten Ehemann geſchenkt erhalten haben ſoll, und c) an deren nachgelaſſenen Kleidungsſtücken und andern etwa vorhandenen Mobilien mit Rechtsbeſtande eine Anforderung nicht machen können, vielmehr ihrer Mutter ſämtliche Verlaſſenſchaft dem Sohn zweyter Ehe und deſſen leiblichem Vater als alleinigen Erben überlaſſen müſſen?

3 Ob nun wohl 1) überhaupt es ſeine Richtigkeit hat, daß eine von den Kindern mit der Mutter vorgenommene Theilung, wodurch die Kinder nicht gänzlich abgefunden worden, ſondern bloß den rechtgebührenden Antheil der väterlichen Verlaſſenſchaft erhalten haben, gedachte Kinder von der künftigen Erbſchaft der Mutter keinesweges ausſchließet;

> Johann Georg Eſtors bürgerliche Rechtsgelehrſamkeit, *Lib.* 1. *cap.* 120. §. 944. *p.* 407.

4 Auch 2) beſonders nach C. Rechten eine beſtändige Grundtheilung, wodurch die Kinder für gänzlich abgeſondert und von der künftigen Erbſchaft der Mutter ausgeſchloſſen zu halten, nach dem Zeugniß

> IO. BVRCH. ROESLERI *in deciſ. Sax. Coburg. Sect.* 1. *dec.* 18. *n.* 19. *ſeqq. pag.* 100. *ſq.*

dergeſtalt eingegangen werden muß, vt liberi ſciant et ipſi fateantur, ſibi plene quoad paternam et maternam hereditatem ſatisfactum eſſe, vlteriorique petitioni plene ac pure, ſi non expreſſis verbis, ſaltim tacite et ipſo facto renuncient;

Im gegenwärtigen Fall aber 3) die K. Kinder a) einestheils vermöge des Theilungsreceſſes mit ihrer ſeel Mutter bloß die K. Verlaſſenſchaft, folglich nur das väterliche und nicht das mütterliche Vermögen, getheilet, mithin nur in Anſehung des erſteren ſich gegen ihre Mutter und Stiefvater aller An- und Zuſprüche begeben, dannenhero dieſelben durch dieſe geſchehene Theilung jetzt von der mütterlichen Erbſchaft um ſo weniger ausgeſchloſſen zu ſeyn ſcheinen, da ſie bey der Theilung der väterlichen Verlaſſenſchaft von ihrer ſeel. Mutter, als welche ihrem ſeel.

Vater wenig oder gar nichts zugebracht, auch während des Eheſtandes mit demſelben erweislich kein Vermögen errungen, gar kein Vermögen erhalten, vielmehr derſelben in dem ihr zugefallenen vierten Theil des K. Vermögens einen anſehnlichen Theil ihrer väterlichen Güter gegen die Gebühr Rechtens

IO. BVRCH. ROESLER *loc. cit. pag.* 102.

überlaſſen müſſen,

anderntheils b) ſie auch ſogar an den ihnen gebührenden väterlichen Erbtheilen laut des Theilungsreceſſes einen nicht geringen Verluſt zu übernehmen ſich entſchloſſen, indem ſie nicht allein die Grundſtücke zu einem höheren Werth als billig angenommenen, auch bey der angenommenen Bibliothek verloren, weniger nicht an angenommenen Capitalien 2 bis 3 tauſend Gulden eingebüſſet, ſondern auch noch über das an der Gewährſchaft ein anſehnliches fahren laſſen, und ſogar eine anſehnliche Summe von ihrem Stiefvater gewirkter Schulden übernommen;

Und aus dieſen Gründen, daß die drey K. Kinder durch die geſchehene Grundtheilung der K. Verlaſſenſchaft jetzt von der Erbſchaft ihrer ſeel. Mutter nicht auszuſchließen, es das Anſehen gewinnen möchte;

Dennoch aber und dieweil 1) nach C. Rechten a) zwiſchen Ehegatten 5
nach Jahr und Tag die Gemeinſchaft der Güter dergeſtalt eintritt, daß, wenn keine Kinder vorhanden, der Ueberlebende das gemeinſchaftliche Vermögen völlig mit Ausſchließung der Anverwandten des Verſtorbenen behält, und wenn Kinder nachgelaſſen worden, dieſe in dem nachgelaſſenen gemeinen Vermögen, worzu der Ueberlebende ſein Eingebrachtes bringen muß, zwar mit demſelben zu gleichen Theilen gehen, allein demſelben unverändert den Beſitz und Nießbrauch deſſelben überlaſſen müſſen,

Statut. Coburgenſ. art. 14. §. 1.

und b) wenn bey vorhandenen Kindern die Wittwe zur zweyten Ehe 6
ſchreitet, dieſelbe entweder den Kindern erſterer Ehe von des verſtorbenen Mannes Einbringen und Gütern einen billigen Voraus, der wenigſtens dem Pflichttheil gleicht, machet,

Statut. Coburg. loc. cit. §. 4.

worauf ſodann nach ihrem Abſterben die Uebermaaß der Güter zwiſchen den Kindern erſterer und letzterer Ehe, wie auch dem zweyten Ehegatten zu gleichen Theilen vertheilet wird,

Statut. Coburg. loc. cit. §. 6.

oder auch, wenn die Kinder ſämmtlich erwachſen, und die Mutter wegen ihres Eingebrachten dabey nichts verlieret, dieſe zu einer gänzlichen Abtheilung mit den Kindern erſterer Ehe ſchreitet,

Statut. Coburg. loc cit. §. 5.

welche ſodann für eine endliche Grundtheilung gehalten wird, vermöge deren die Mutter den genommenen Kindestheil ohne einige der vorigen Kinder Einrede auf ihren Ehemann oder Kinder zweyter Ehe zu bringen berechtiget iſt;

Statut. Coburg. loc. cit. §. 8.

Einfolglich 2) im gegenwärtigen Fall, die K. Kinder, wenn ſie
7 mit dem ihnen von ihrer Mutter in de mit dem Commercienrath Sch. unter dem 16. Ian. 1762 errichteten Ehepacten beſtimmten Voraus von 10500 Fl. Frk. der nach Beſchaffenheit des nachgelaſſenen Vermögens ihren Pflichttheil ausgemacht, zufrieden geblieben wären, anjetzt die Uebermaaß der Güter mit dem Sohn zweyter Ehe und dem Stiefvater allerdings zu gleichen Theilen würden verlangen können;

Statut. Coburg. loc. cit. §. 6.

da ſie aber, ſtatt dieſen Voraus anzunehmen, von den Ehepacten abgegangen, und eine völlige Grundtheilung des geſammten gemeinſchaftlichen K. Vermögens, ſo wie ſelbiges zur Zeit des Todes ihres Vaters mit Einrechnung desjenigen, was die Mutter demſelben eingebracht, beſchaffen geweſen, geſucht und wirklich erhalten, ſelbige wegen der Beſchaffenheit dieſes getheilten gemeinſchaftlichen väterlichen und mütterlichen Vermögens nicht allein in Anſehung der väterlichen, ſondern auch in Anſehung der mütterlichen Güter, für völlig abgeſondert und abgefunden zu halten, und daher denenſelben das ihnen blos im Fall der Annahme des beſtimmten Voraus zuſtehende Recht, einen Theil der mütterlichen Verlaſſenſchaft zu fordern, nunmehro nicht weiter beygeleget werden mag,

Statut. Coburg. loc. cit. §. 8.

auch dieſe Wirkung einer Grundtheilung, ſo eine zur zweyten Ehe geſchrittene Mutter mit ihren Kindern erſterer Ehe in Anſehung des gemeinſchaftlichen Vermögens vorgenommen, als allgemein in Franken und Schwaben von bewährten Rechtsgelehrten behauptet wird,

CASP. WILHELM SCIPIO *deciſ. Rotae Spirenſ. Lib.* 2. *dec.* 102.

IO. THILMANN DE BENIGNIS *obſerv. Cam. Imper. Pentecoſt.* 4. *obſ.* 38.

ADAM KELLER *de offic. iuridico - politicis Lib.* 2. *cap.* 22. *pag.* 551.

PAVLL. MATTH. WEHNER *obſeruat. pract. voce:* Theilungsrecht.

Hiernächſt 3) was für die K. Kinder in den Zweifelsgründen angeführet worden, dagegen in keine Betrachtung kommen mag,

anerwogen quoad 1) dieſelben durch die geſchehene Grundtheilung des ſogenannten K. Vermögens nicht blos den rechtsgebührenden Antheil einer väterlichen Verlaſſenſchaft, wie ſolches bey Annahme des beſtimmten Voraus geſchehen ſeyn würde, ſondern, wegen Gemeinſchaft der Güter und Einwerfung des Eingebrachten, auch des mütterlichen Vermögens erhalten haben, mithin dadurch auch in Anſehung des Mütterlichen für abgeſondert zu halten, 8

quoad 2) es keinem gegründeten Zweifel unterworfen ſeyn kann, daß ſie dadurch, daß ſie, ſtatt ſich mit dem beſtimmten Voraus zu begnügen und dabey mit dem Sohn zweyter Ehe in Gemeinſchaft der künftigen mütterlichen Erbſchaft zu bleiben, eine völlige Grundtheilung des gemeinſchaftlichen K. Vermögens geſucht und erhalten, in der That zureichend ſtillſchweigend allen weiteren Anſprüchen an eine mütterliche Verlaſſenſchaft entſaget,

und quoad 3) einestheils a) nichts zur Sache thut, daß ihre Mutter ihrem Vater wenig oder nichts zugebracht, und durch den erhaltenen vierten Theil in der That einen anſehnlichen Theil der väterlichen Güter bekommen, immaaßen bey einer Grundtheilung eines gemeinſchaftlichen Vermögens nicht auf den Urſprung der Güter, ſondern blos auf die aus der Ehe nach Jahr und Tag entſtandenen Gemeinſchaft derſelben geſehen wird, und zum Beſten der Mutter ſogar dabey verord-

net worden, daß, wenn ſie bey einer ſolchen gleichen Theilung nach Verhältniß ihres Eingebrachten verlieren würde, ſie ſelbige zu ihrem Nachtheil einzugehen nicht verbunden ſeyn ſoll,

Statut. Coburgenſ. loc. cit. §. 5.

auch in der aus

IO. BERNH. ROESLERI *dec. Sax. Coburg. pag.* 102.

angeführten Stelle nicht von dieſem Fall, ſondern vielmehr dem Fall die Rede iſt, wo ein Vater bey einer nicht gebührend geſchehenen Theilung ſogar einen Theil des Voraus in ſeinem Antheil behalten,

anderntheils b) alles dasjenige, was die K. Kinder an den ihnen gebührenden Antheilen laut des Theilungsreceſſes verlieren müſſen, als ein Verluſt anzuſehen, den ſie nicht umſonſt gelitten, ſondern vielmehr durch einen gütlichen Vergleich in Betrachtung des erlaſſenen anſehnlichen Nießbrauchs der getheilten Güter, der den Eltern wider ihren Willen nicht entzogen werden mögen, freywillig übernehmen müſſen, folglich auch dadurch keine Gemeinſchaft der jetzigen mütterlichen Erbſchaft begründet werden mag;

Als ſind wir der rechtlichen Meinung:

9 Daß die drey K. Kinder durch die vermöge des Theilungsreceſſes vom 12. Iul. 1774 geſchehene Grundtheilung der ſogenannten K. Verlaſſenſchaft dergeſtalt abgefunden worden, daß ſie nunmehro a) an den ihrer ſeel. Mutter daraus zugefallenen und dem Commercienrath S. zugebrachten 9573 Rthlr. 10 gr. $10\frac{1}{4}$ Pf., b) an derſelben nachgelaſſenen beträchtlichen Pretioſis, die ſie größtentheils vom erſten Mann geſchenkt erhalten haben ſoll, und c) an deren nachgelaſſenen Kleidungsſtücken und andern etwa vorhandenen Mobilien mit Rechtsbeſtande eine Anforderung nicht machen können, vielmehr ihrer Mutter ſämmtliche Verlaſſenſchaft dem Sohn zweyter Ehe und deſſen leiblichem Vater als alleinigen Erben überlaſſen müſſen. V. R. w.

DECI-

DECISIO LV.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Quicumque membrum eſt collegii alicuius iure ſuo exigit, vt a iuribus aliis collegii membris competentibus non excludatur; ideoque qui parochiani ſunt a iure eligendi parochum aliis parochianis competente non ſunt remouendi.

II. Poſſeſſio iuris v. c. eligendi non amittitur, licet, qui eam habet, ad electionem vocatus libere emanſerit.

III. Si quis eum, qui in poſſeſſione v. c. iuris eligendi eſt conſtitutus, ab ea excludit, niſi onus aliquod praetentum velit ſubire, ſpolium committit.

IV. Electio, quae fit excluſis de facto iis, qui ius habent eligendi, ad implorationem eorum, qui iniuria ſunt excluſi, debet nulla declarari.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Parochianus non eſt, qui ex mera libertate ſacris in aliqua eccleſia intereſt. n. 2.

Neque ex voluntaria ad onera parochianorum facta contributione talis efficitur. n. 3.

Argumenta, quibus probationem qualitatis parochianorum ab actoribus inſtitutam elidere conantur rei. n. 4.

Argumenta, quae poſſeſſioni iuris eligendi actorum opponunt. n. 5.

Vtrum qui ab electione, in qua votum habebat, excluſus eſt ideo ad declarandam electionis nullitatem agere nequeat, quod plurima vota ipſo etiam admiſſo adfuiſſent quaeritur et negatur. n. 6. et 14.

Argumenta, ex quibus qualitas parochianorum, quam ſibi adſerunt actores, ſatis paret, a) ex teſtimonio hiſtoriae impreſſae. n. 7.

b) ex obſeruantia ſexagenaria et quod excurrit. n. 8.

c) ex ipſa confeſſione reorum, qui tantum per excluſionem a iure eligendi ipſos ad agnoſcenda, quae iure ab iis exigere putant, onera parochialia cogere volunt. n. 9.

Refutatio argumentorum in contrarium adductorum. n. 10

Argumenta, quae poſſeſſionem iuris eligen-

eligendi actoribus competentem euincunt. n. 11.

Qui in poſſeſſione iuris eligendi conſtitutus et ad electionem vocatus emanet, poſſeſſionem iuris eligendi non amiſiſſe dicendus eſt n. 12.

Poſſeſſio iuris excluſiui requirit, vt alter ab exercitio iuris ſit prohibitus. n. 13.

Per media legitima, non autem per ſpolium alter cogendus ad praeſtanda ea, quae tibi debita putas. n. 15.

Ratihabitio ſpolii eosdem effectus ciuiles habet atque ipſum ſpolium commiſſum. n. 16.

Qui partim vi officii partim motu proprio in aliqua controuerſia ſcripturas confecit honorarium iure perfecto exigere nequit. n. 17.

Urtheil.

Auf Klage, Antwort und ferneres rechtliches Einbringen in Sachen Heinrich Wilhelm M., für ſich und Namens der lutheriſch-evangeliſchen Eingeſeſſenen in Ober-G., Kläger an einem, wider den Scheffen Johann Peter S., für ſich und Namens der in Acten benannten Eingeſeſſenen in Nieder-G., Beklagte am andern Theil,

erkennet Fürſtlich S. Rath und Oberamtmann in der Reichsherrſchaft G. nach eingeholtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten für Recht:

1 Daß Klägern nicht nur der Beſitz des Rechts, ſondern auch, als wirklich Eingepfarrten, das Recht ſelbſt, bey der Wahl eines Evangeliſchen Predigers der G. Gemeinde bey der Capelle zum H. ihre freye Stimmen zu geben, zuſtehet, dannenhero Beklagte die Klägere von der den 30. Mart. 1771 unternommenen Wahl eigenmächtig auszuſchließen nicht befugt geweſen, mithin dieſe Wahl als null und nichtig wieder aufzuheben. Dahergegen nunmehro die ſämmtliche Gemeinde, mit Inbegriff der lutheriſchevangeliſch Eingeſeſſenen in Ober-G., eine neue Wahl eines Predigers gebührend zu unternehmen hat. Daferne übrigens Beklagte wegen der von Klägern weiter zu übernehmenden Pfarrlaſten in Ruhe zu ſtehen nicht gemeint, ſo verbleibet ihnen ſolches gegen Kläger beſonders auszuführen unbenommen. Es ſind auch Beklagte die Koſten der Klage nach deren Angabe und richterlicher Mäßigung Klägern zu erſtatten ſchuldig. Dagegen das von der Ehrn Paſtore und Seniore I. in dem Nr. 6. befindlichen Bericht vom 12 Iul. 1775 angebrachte Suchen wegen Bezahlung der auf die ertheilten Berichte verwandten Bemühung und Koſten vorkommenden Umſtänden nach nicht ſtatt hat. Von Rechts wegen.

Ent-

Entſcheidungsgründe.

Obgleich Beklagte behaupten wollen 1) daß Kläger ihr vorgegebenes Recht, als wirkliche Pfarrgenoſſen der Beklagten, an der Wahl eines Predigers bey der Capelle zum H. Theil zu nehmen, keinesweges erwieſen,

angeſehen 1) wenn ſie gleich bisher ſich zu dieſer Kirche gehalten, und 2
des dabey beſtellten Predigers ſich bedienet, dennoch ſolches bloß aus freyem Willen, und nicht, wie zum Weſen der eingepfarrten erfordert wird,

BOEHMER *iur. paroch. Sect.* 3. *cap.* 2. §. 1.

aus einer Schuldigkeit geſchehen;

Auch 2) wenn ſie gleich zu den Pfarrlaſten zuweilen aus freyem 3
Willen etwas beygetragen, dennoch ſie bisher zu keinem beſtimmten ſchuldigen Beytrag, wie es Eingepfarrten gebühret,

BOEHMER *iur. paroch. Sect.* 7. *cap.* 3. §. 6. 7.

ſich verſtehen wollen, und daher denſelben alle zu Eingepfarrten erforderten Eigenſchaften fehleten, mithin ſelbige, ſo lange ſie die Verbindlichkeiten von Eingepfarrten zu übernehmen ſich weigerten, auch die Rechte derſelben ſich anzumaaßen nicht befugt;

Ferner 3) die von Klägern beygebrachten Urkunden die behauptete 4
Pfarrgenoſſenſchaft derſelben auf keine Weiſe begründeten, indem a) nach dem

actor. fol. 47 *b.* 48.

beygebrachten Auszug aus des Inſpectoris von S. Weſtphäliſcher Geſchichte, bloß die Nieder=G. bey Einführung des katholiſchen Gottesdienſtes in Ober=G. ſich wieder zu der Kirche zu G. geſchlagen, und von dieſer Gemeinde den Gebrauch der Capelle zum H. erhalten; b) die

actor. fol. 52.

beygebrachte landesherrliche Erlaubniß vom 22. Ian. 1715 einen Prediger bey dieſer Capelle ordiniren zu laſſen, bloß der Bauerſchaft Nieder=G. Erwähnung thue, und c) das

actor. fol. 52. *b.*

befindliche darauf an den Inſpector der Grafſchaft M. erlaſſene Schreiben der Gemeinde um Ordination des erwählten Predigers im Eingang bloß im Namen der Augspurgiſchen Confeſſionsverwandten in der Bauerſchaft Nieder-G. abgefaßt worden, und der Ober-G. darinn keine Meldung geſchehen;

Vielmehr 4) Kläger, als ein Ober-G. wohnhafte Perſonen, um ſo mehr daſelbſt für eingepfarrt zu halten, da ſie allda bekanntermaaßen die Pfarrlaſten tragen müßten, auch bey der geſuchten und im Jahr 1744 erhaltenen völligen Trennung von den Catholiſchen in Ober-G. ſich der Nieder-G. nicht angenommen, ſondern vielmehr mit den Katholiſchen gemeine Sache gemacht, und mit denſelben den getroffenen Vergleich gemeinſchaftlich unterſchrieben;

Anlage zum Bericht des Ehrn *Paſtoris I.* von 18. *Apr.* 1775 *Nr.* 7.

5 Hiernächſt II) Beklagte der Meynung ſind, daß Kläger ſich auch nicht in einem Beſitz des Rechts, an der Wahl eines Predigers bey der Capelle zum H. Theil zu nehmen, zu gründen vermögend, anerwogen, wenn gleich Kläger bis im Jahr 1750, da der Paſtor E. erwählet worden, bey den Predigerwahlen ihre Stimmen gegeben, ſie dennoch den darauf erfolgten dreyen letzteren geruhigen Wahlen, als des Paſtoris S. im Jahr 1772, des Paſtoris E. und des Paſtoris B., ob ſie gleich darzu mit dem Bedeuten der gebührenden Uebernehmung der Pfarrlaſten eingeladen worden, nicht beygewohnet, ſondern Beklagten dieſe Wahlen allein überlaſſen, mithin dadurch ſich ihres vorherigen Beſitzes der Theilnehmung an der Wahl eines Predigers begeben, und daher Beklagte ſeit dieſer Zeit ſich im geruhigen Beſitz des Rechts, allein mit Ausſchließung der Kläger einen Prediger zu wählen, befunden, und bey dieſem Beſitz natürlich ſo lange, bis Kläger durch gebührende Uebernehmung der Pfarrlaſten ſich der künftigen Theilnehmung an weiteren Wahlen fähig gemacht, geſchützet werden müßten;

Endlich III) Beklagte vorgeben, daß, wenn auch die angeführten Gründe in petitorio und poſſeſſorio für ſie nicht vorhanden wären, dennoch der von Klägern auf eine Zernichtung der den 30. Mart. 1775 geſchehenen Wahl des Candidaten B. gerichteten Klage die Einrede des fehlenden Intereſſe entgegen ſtehe, indem von Klägern bloß Heinrich Wilhelm

Wilhelm M. bey der Wahl, da ſelbige bereits mehrentheils vollendet geweſen, und der Candidat B. ſchon die mehrſten Stimmen gehabt, ſich eingefunden, und durch ſeine Stimme, wenn ſie auch zugelaſſen worden, doch bey der bereits vorhandenen Mehrheit der Stimmen keinen Ausſchlag geben können;

Und aus dieſen Gründen, daß anders, als geſchehen, erkannt werden ſollen, es das Anſehen gewinnen möchte;

Dennoch aber und dieweil I) Kläger ihr behauptetes Recht, als wirklich Eingepfarrte von der lutheriſchevangeliſchen Gemeinde zu G. an der Wahl eines Predigers bey der Capelle zum H. Theil zu nehmen, zur Nothdurft erwieſen, angeſehen 1) aus dem 7

actor. fol. 45. *ſqq.*

beygebrachten Auszug aus des Inſpectoris von St. Weſtphäliſcher Geſchichte zureichend erhellet, auch von Beklagten nicht in Abrede geſtellet werden mögen, daß einestheils im Jahr 1610 die Evangeliſche Gemeinde in Nieder-G. mit der Evangeliſchen Gemeinde in Ober-G. völlig verbunden, und aus beyden eine Evangeliſche Gemeinde gemacht worden, anderntheils, daß nach der zu Ober-G. geſchehenen Einführung des katholiſchen Gottesdienſtes die ſämmtlichen im Kirchſpiel G. befindlichen lutheriſchevangeliſchen Eingeſeſſenen von Ober-G. zur Capelle zum H. ſich gewandt, und daſelbſt ſich durch einen Geiſtlichen Gottes Wort predigen und die Sacramente reichen laſſen;

Ferner 2) die nach erhaltener landesherrlicher Erlaubniß vom 22. Ian. 1715.

actor. fol. 52.

bey dieſer Kapelle einen beſtändigen evangeliſchen Prediger ordiniren zu laſſen, beſtändig fortgeſetzte Vereinigung der Ober- und Nieder-G. Evangeliſchen Gemeinde daher auſſer allen Zweifel beruhet, a) daß die Ober-G. 8 das Namens der Gemeinde an den Inſpector der Grafſchaft M. erlaſſene Erſuchungsſchreiben den im Jahr 1715 erwählten Paſtorem V. zu ordiniren, gleich den Nieder-G. Eingepfarrten als Pfarrgenoſſen mit unterſchrieben,

actor. fol. 55 *b.*

 b) daß

b) daß die Ober: G. im Jahr 1724 nach Abſterben des Predigers V. die Wahl eines neuen Predigers gleich den Nieder: G. nicht allein beſtimmet,

actor. fol. 56.

ſondern auch wirklich mit verrichtet,

actor. fol. 58. *ſq.*

und die Vocation des erwählten Paſtoris H. als Eingepfarrte mit unterſchrieben,

actor. fol. 61 *b. fol.* 62.

c) daß Beklagte nicht in Abrede ſtellen mögen, daß die Ober: G. auf gleiche Weiſe im Jahr 1750 an der Wahl des Paſtoris E. Theil genommen,

actor. fol. 22 *b. fol.* 68.

und d) daß Beklagte ſelbſt eingeräumet, daß die Ober: G. nicht nur im Jahr 1772 zur Wahl des Paſtoris St., ſondern auch darauf zu den folgenden Wahlen der Prediger E. und B., ja ſelbſt zur leztern ſtreitigen Wahl unter dem 19. Febr. 1775 öffentlich eingeladen worden;

actor. fol. 74.

9 Auch 3) Beklagte ſelbſt die Pfarrgenoſſenſchaft der Ober: G. einräumen, und ſich nur berechtiget halten wollen, denenſelben eigenmächtig die Ausübung eines daher zuſtehenden Rechts ſo lange zu verſagen, bis ſie eine angegebene Schuldigkeit übernommen;

actor. fol. 26.

10 Und 4) was in den Zweifelsgründen dagegen angeführet worden, von keiner Erheblichkeit iſt, indem quoad 1) aus obigem ſattſam erhellet, daß die Ober: G. als wirklich Eingepfarrte, und nicht blos als freywillige ſich zu einer Kirche und zu einem Prediger gehalten, quoad 2) Kläger zu den Pfarrlaſten von ihrer Seite allerdings beygetragen,

actor. fol. 88.

und die Eingeſeſſenen in Nieder: G. nicht nur dieſen Beytrag angenommen und damit in Betracht, daß Kläger nicht, wie ſelbige, von den Pfarrlaſten in Ober: G. befreyet worden, zufrieden geweſen, ſondern auch, wenn ſie einen weiteren Beytrag verlangen, denſelben auf

eine

eine rechtliche Weiſe, und nicht durch ein widerrechtliches Verfahren zu erhalten ſuchen müſſen, quoad 3) es keinem gegründeten Zweifel unterworfen a) daß in der

actor. fol. 48.

befindlichen Stelle durch den Ausdruck der Nieder-G., als des größten Theils der Evangeliſchen G. Gemeinde, die Ober-G. mit begriffen, zumalen da

actor. fol. 46.

ſolches auch von allen Lutheriſchen im Kirchſpiel G. behauptet worden, b) daß eben dieſes von der

actor. fol. 52.

beygebrachten landesherrlichen Erlaubniß zu verſtehen, und c) daß von der

actor. fol. 52 *b.*

befindlichen Urkunde um ſo mehr ein gleiches zu ſagen, da die

actor. fol. 55 *b.*

befindliche Unterſchrift der Ober-G. unwiderſprechlich zeiget, daß ſie unter der Benennung der Nieder-G. Evangeliſchen Gemeinde begriffen, und quoad 4) einestheils Klägern die Wohnung in Ober-G. daher nicht entgegen ſteht, weil vermöge der vorher angeführten Gründe Ober-G. zum G. Evangeliſchen Kirchſpiel gehöret, und die in Ober-G. wohnenden Evangeliſchen keine Pfarrglieder der dortigen Katholiſchen Kirche ſeyn können,

SCHILTER *inſtit. iur. can. Lib.* 1. *tit.* 20. §. 4.

IVST. HENN. BOEHMER *iur. paroch. Sect.* 3. *cap.* 2. §. 14. *ſqq.*

GEORG. LVD. BOEHMER *princip. iur. can. Lib.* 2. *Sect.* 1. *tit.* 6. §. 144.

anderntheils die von Klägern noch jetzt in Ober-G. zu tragenden Pfarrlaſten eine Pfarrgenoſſenſchaft daſelbſt ſo wenig überhaupt bewirken können,

BOEHMER *iur. paroch. ſect.* 3. *cap.* 2. §. 15.

als die Nieder⸗G. ſolche daher für ſich anerkannt haben werden, ehe ſie durch den im Jahr 1744 geſchloſſenen Vergleich, woraus gar keine Trennung der Evangeliſchen G. Gemeinde geſchloſſen werden mag, davon die Befreyung erhalten;

11 Hiernächſt II) aus den zur Begründung des Rechts der Kläger be⸗
reits angeführten Gründen auch unwiderſprechlich erhellet, daß Kläger
ſeit der im Jahr 1715. geſchehenen erſten erlaubten Wahl bis den
30. Mart. 1775 in einem ununterbrochenen Beſitz des Rechts, bey der
Wahl eines Predigers bey der Kapelle zum H. als Eingepfarrte ihre
Stimmen zu geben, ſich befunden,

anerwogen 1) in Anſehung der drey erſten Wahlen der Prediger V., H. und E. bis im Jahr 1750 Beklagte ſolches ſelbſt eingeſtehen,

actor. fol. 68.

und 2) in Anſehung der ſeit 1772 geſchehenen drey letzten Wahlen der
12 Prediger St., E. und B. es eben ſo wenig Zweifel haben mag, indem a) Be⸗
klagte ſelbſten einräumen, daß Kläger zu dieſen dreyen Wahlen, und
noch zuletzt zu der im Streit befangenen Wahl von 30. Mart. 1775 den
9. Febr. 1775 durch den Prediger von der Kanzel öffentlich eingeladen

actor. fol. 74.

mithin ihnen dadurch die Freyheit an dieſen Wahlen, wie vorher geſchehen, Theil zu nehmen, zugeſtanden worden, und b) wenn gleich Beklagte vorgeben, daß auf dieſe Einladungen bey den dreyen letzten Wahlen niemand von Klägern erſchienen, dennoch nicht nur dieſem Vorgeben von Klägern widerſprochen wird, ſondern auch, wenn es gleich gegründet ſeyn ſollte, ſolches einen ganz unerheblichen Umſtand in ſich enthalten würde, da bekannten Rechten nach zur Fortſetzung des Beſitzes eines Rechts nicht die wirkliche Ausübung deſſelben, ſondern blos die ungehinderte Freyheit es auszuüben, erfordert wird,

L. 6. D. de ſeruit. praed. vrb.

L. 46. D. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.

mithin Kläger durch ihr Ausbleiben bey den vorgenommenen Wahlen
um ſo weniger den Beſitz ihres Rechts, bey der Wahl ihre Stimmen
13 zu geben, verlieren können, je weniger c) Beklagte dadurch auf irgend

eine

eine Weiſe den Beſitz eines ausſchließenden Rechts zu wählen gegen Kläger zu erhalten vermögend, da der Beſitz eines ausſchließenden Rechts bekanntermaaßen nicht blos durch alleinige Ausübung deſſelben, ſondern allererſt durch ein Verbot dieſer Ausübung bey andern erhalten wird,

WERNHER *Part.* 1. *obſ.* 87., *Part.* 4. *obſ.* 57., *Part.* 9. *obſ.* 41.

BERGER *oecon. iur. Lib.* 2. *tit.* 6. §. 1. *not.* 4. *pag.* 546.

einfolglich Beklagte nichts weniger als einen jüngſten Beſitz eines ausſchließenden Rechts zu wählen für ſich anführen mögen, auch d) was Beklagte von der der Einladung zur Wahl hinzugefügten Bedingung der dabey zu übernehmenden Pfarrlaſten angeführet, gar keine Aufmerkſamkeit verdienet, da ſie nicht bewieſen, daß dieſer Bedingung in der öffentlichen Einladung von der Kanzel Erwähnung geſchehen;

Dannenhero III) die bey der den 30. Mart. 1775 vorgenommenen
Wahl von Beklagten unternommene eigenmächtige Ausſchließung der
Kläger nicht nur dem offenbaren Rechte derſelben widerſtreitet, und
daher die Wahl als null und nichtig anzuſehen, wenn auch das uner- 14
hebliche Vorgeben der Beklagten, daß von Klägern niemand, als
Heinrich Wilhelm M., zur Wahl erſchienen, völlig gegründet wäre,
cum electioni plus contemtus vnius, quam contradictio multorum
obſiſtat,

c. 34. *X. de elect.*

LEYSER *ſec.* 667. *med.* 24.

ſondern auch dem ohnſtreitigen Beſitz derſelben entgegen iſt, und ein nicht zu entſchuldigendes ſpolium in ſich einhält, welches bekannten Rechten nach ſchon an ſich eine gänzliche Nichtigkeit der Wahl nach ſich ziehet

c. 3. *X. de cauſſa poſſeſſ. et propriet.*

Auch IV) dieſe widerrechtliche Ausſchließung durch den angegebenen
Vorwand, die Kläger dadurch zur gebührenden Uebernehmung der
Pfarrlaſten zu bewegen, auf keine Weiſe entſchuldiget werden mag,
indem a) zu dieſem Zweck rechtliche Mittel, die Beklagten zu ergreifen 15
unbe-

unbenommen bleiben, aber kein ſpolium zu gebrauchen, cum tueri ius ſuum non comminiſci iniuriam oporteat,

L. 1. §. 2. *D. quod vi aut clam.*

b) dieſe Sache den Scheffen S. nicht allein angehet, ſondern von den ſämmtlichen Eingeſeſſenen in Ninder⸗G., von denen er keine Vollmacht gehabt, betrieben werden müßte, auch c) daß den Scheffen S. zur eigenmächtigen Ausſchließung nicht dieſer Vorwand, ſondern bloß die unerlaubte Abſicht den Ausgang der Wahl nach ſeinem Wunſch zu verſichern bewogen, aus dem der

Gegen⸗Information *ſub Lit. C.*

beygelegten Schreiben deſſelben vom 28. Mart. 1775. unwiderſprechlich erhellet, als worinn er Klägern an der Wahl Theil zu nehmen erlauben will, wenn ſie ſeinen an und für ſich widerrechtlichen Vorſchlag, ihre Stimmen in drey Theile zu theilen, annehmen wollen;

16 Mithin V.) der Scheffe S. als ein vorſetzlicher Spoliant, nicht allein für ſich, ſondern auch Namens ſeiner Streitgenoſſen, welche ſein begangenes ſpolium genehmiget, bekannten Rechten nach Klägern alle verurſachte Unkoſten zu erſtatten ſchuldig;

17 Endlich aber VI.) der Ehrn Paſtor und Senior I. den erſten in dieſer Sache erlaſſenen Bericht Amts wegen abfaſſen müſſen, und die weitere Berichte aus eigenem Triebe, ohne von den Partheyen darum erſucht zu ſeyn, abzufaſſen ſich entſchloſſen, einfolglich kein Grund vorhanden, woher die Partheyen zur Bezahlung der angewandten Bemühung und Koſten verbunden;

So ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, zu erkennen bewogen worden.

DECI-

DECISIO LVI.

THEMA PRINCIPALE

Quamuis expediti iuris non ſit, an electio, in qua admiſſi ſunt, quibus ius eligendi non competit, vitio nullitatis laboret; tamen certiſſimum eſt eamdem tum nullam debere declarari, ſi ſimul partim de facto excluſi ſunt, qui vocem actiuam in electione habebant, partim contra formam electionis praeſcriptam eſt proceſſum.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Vtrum denegatio praeſtandorum onerum parochialium parochianum excludat a iure eligendi curatum quaeritur et negatur. n. 2 et 5.

Cap. 39. X. de elect. *ob admiſſionem eorum, qui a voce actiua in eligendo in poenam ſunt excluſi, ad faciendam electionem nullitatem eius ſtatuit, non idem diſponit de caſu, quo ad electionem ſunt admiſſi meri extranei. n. 3.*

An forma electioni praeſcripta in praeſente caſu controuerſo ſit ſeruata, quaeritur et negatur. n. 4 et 6.

Urtheil.

Auf Vorbringen und ferneres rechtliche Einbringen des Vorſtehers K. und Kirchenmeiſters B. zu Nieder-G., Kläger an einem, wider den Scheffen S. und in Acten benannte Streitgenoſſen daſelbſt, Beklagte am andern Theile,

erkennet Fürſtlich Schw. Rath und Oberamtmann in der Reichsherrſchaft G., nach eingeholtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten für Recht:

Daß die den 30. Mart. 1775 unternommene Wahl eines Evangeli- 1
ſchen Predigers der G. Gemeinde bey der Kapelle zum H. als null und nichtig wieder aufzuheben, dannenhero Beklagte mit Klägern nebſt allen übrigen in Ober- und Nieder-G. eingeſeſſenen Stimmfähigen Evangeliſchen Pfarrgenoſſen zu einer neuen rechtmäßigen Wahl eines Predigers forderſamſt zu ſchreiten ſchuldig. V. R. w.

Entſcheidungsgründe.

Obzwar Beklagte zu behaupten ſuchen, daß die den 30 Mart. 1775 vorgenommene Wahl eines Evangeliſchen Predigers der G. Gemeinde bey der Kapelle zum H. allerdings für zu Recht beſtändig zu halten, und aus den von Klägern angegebenen Gründen nicht als nichtig angefochten werden möge,

2 anerwogen 1) die geſchehene Ausſchließung der bey der Wahl erſchienenen Evangeliſchen Eingeſeſſenen in Ober-G. daher mit Beſtand geſchehen, weil dieſe vor Ubernehmung der Pfarrlaſten nicht als Stimmfähige Pfarrgenoſſen anzuſehen, und bevor ſie ſich als ſolche bezeiget, zu einer Wahl auf eine rechtsbeſtändige Weiſe nicht zugelaſſen werden möchten;

3 Hiernächſt 2) die nach bereits geſchehener Wahl angefochtene Stimmfähigkeit einiger mitſtimmenden Perſonen der Gültigkeit der Wahl des Candidaten B., der nach Weglaſſung ſolcher Stimmen doch die Mehrheit behalten würde, nicht ſchaden könnte, da die Meinung einiger Rechtsgelehrten, als

LEYSER *ſpec.* 667. *med.* 11.

daß daher die Wahl an ſich für nichtig zu halten, aus dem

c. 39. *X. de elect.*

wo die Rede von Perſonen iſt, die zur Strafe des Rechts zu ſtimmen gänzlich unfähig ſind, wohl nicht bewieſen werden mag;

4 Auch 3) was gegen die Form der Wahl erinnert worden, von keiner Erheblichkeit ſey, indem einestheils die in der

Märkiſchen Kirchenordnung, *cap.* 1. §. 7.

vorgeſchriebene Secretirung der Stimmen ſo geſchehen, als es der Beſchaffenheit des Orts, wo die Wahl erfolget, und der bisherigen Obſervanz gemäß, anderntheils die gleich nach geendigter Wahl vorgeſchriebene Bekanntmachung der Mehrheit der Stimmen durch den von M. veranlaßten Streit verhindert worden;

Und daher, daß anders, als geſchehen, zu erkennen geweſen, es das Anſehen gewinnen möchte;

Dennoch

Dennoch aber und dieweil wenn auch im gegenwärtigen Fall der auf den Candidaten B. ausgefallenen Wahl vom 30. Mart. 1775 die Zulaſſung einiger nicht ſtimmfähigen Perſonen nicht ſchaden möchte, dennoch dieſe Wahl für zu Recht beſtändig keinesweges geachtet werden mag;

angeſehen 1) die von Beklagten S. eigenmächtig unternommene Aus- 5
ſchließung der in Ober-G. eingeſeſſenen Evangeliſchen von dieſer Wahl, vermöge desjenigen, was in den Entſcheidungsgründen, die dem in Sachen Heinrich Wilhelm M. und Conſorten gegen Beklagte abgefaßten Erkenntniß beygefüget worden, ausführlich enthalten, ſowohl dem bewieſenen Rechte der Ober-G. Evangeliſchen, als auch dem offenbaren Beſitze derſelben widerſtreitet, mithin dieſe Wahl nicht nur aus dem erſten Grunde

c. 34. *X. de elect.*

ſondern auch aus dem zweyten Grunde

c. 3. *X. de cauſſa poſſeſſ. et propriet.*

für null und nichtig zu halten, und was Beklagter S. zur Beſchönigung dieſes auf keine Weiſe zu rechtfertigenden ſpolii von den Pfarrlaſten anführet, keine Aufmerkſamkeit verdienet, da einestheils ſolches kein ſpolium rechtfertigen mag, anderntheils aus der in Sachen M. und Conſorten gegen denſelben verhandelten Acten deutlich erhellet, daß nicht dieſer Vorwand, ſondern eine ungleiche Abſicht, den Ausgang der Wahl nach ſeinen Zwecken zu richten, denſelben zu dieſem ſpolio bewogen;

Hiernächſt 2) auch die Form dieſer Wahl der in der 6

Märkiſchen Kirchenordnung *cap.* 1. §. 7.

befindlichen Vorſchrift für gemäß nicht zu halten,

indem a) nach derſelben die ordentlich eingenommenen und ſchriftlich verzeichneten vota, bis alle Gegenwärtige ihre Stimmen gegeben, zu ſecretiren, Beklagte aber nicht in Abrede ſtellen mögen, daß dieſe verordnete Secretirung der Stimmen nicht geſchehen,

actor. fol. 25.

und was ſie zur Entſchuldigung dieſes Fehlers von den Umſtänden des

Orts und der bisherigen Obſervanz anführen, ſo unerheblich, als unerwieſen iſt,

auch b) nach dieſer Verordnung ſofort die Stimmen zu zählen, und welcher von den Candidaten die maiora erhalten, der Gemeinde ſofort zu notificiren, Beklagte aber gleichfalls nicht leugnen können, daß dieſe gebührende Notification am Tag der Wahl unterlaſſen worden,

Gegen-Information *fol.* 3.

und die unbewieſene Entſchuldigung, daß M. durch den erregten Streit dieſe vorgeſchriebene Bekanntmachung gehindert, dagegen in keine Betrachtung kommen kann, mithin, da die in Geſetzen vorgeſchriebene Form einer Sache für weſentlich zu halten, und ohne eine Richtigkeit nicht verſäumet werden mag,

arg. L. 8. §. 17. *D. de transact.*

GAIL. *Lib.* I. *obſ.* 124. *n.* I.

MEVIUS *Part.* 6. *dec.* 267. *n.* 3.

dieſe Wahl auch wegen Ermangelung der vorgeſchriebenen Form zu Recht nicht beſtehen kann;

Dannenhero Beklagte mit Klägern, nebſt allen übrigen in Ober- und Nieder-G. eingeſeſſenen Stimmfähigen Evangeliſchen Pfarrgenoſſen zu einer neuen rechtmäßigen Wahl eines Predigers zu ſchreiten verbunden ſind;

Als ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, zu erkennen bewogen worden.

CON-

CONSILIVM LVII.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Tranſactio de iure communi ob laeſionem etiam enormem reſcindi non poteſt.

II. Impugnatio tranſactionis iuramento etiam non ſollemni confirmatae temere facta quadruplici poenae, quam *l.* 41 *C. de transact.* minatur, locum dat.

III. Debitor legitime non poteſt creditorem, qui in proceſſu executiuo fundatam habet intentionem, praeuenire, et exceptiones illiquidas per modum actionis in iudicium deducendo, proceſſum, quem dicunt, executiuum auertere; hincque multo minus per eiusmodi actionem inſtitutum iam proceſſum executiuum ſiſtere.

IV. Proceſſus, quem dicunt, concurſus minime debet ſiſti ideo, quod debitor obaeratus creditoribus quibusdam non credita eorum praetenta tantum negat, ſed etiam ab ipſis adhuc ſibi deberi adſerit, donec ea lis tamquam praeiudicialis diſcutiatur.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio prima. n. 2.
Tranſactio tantum ad ea pertinet obiecta, de quibus lis inter partes intercedebat. n. 3.
Tranſactio ex capite doli, item inſtrumentorum verorum ſurreptorum, et falſorum exhibitorum poteſt nulla declarari. n. 4.
Iura quaedam particularia tranſactionem ex capite enormis laeſionis impugnare permittunt. n. 5.
Eamdem impugnationem etiam de iure communi faciendam eſſe opinantur quidam ICti. n. 6.
In ſpecie in caſu laeſionis enormiſſimae. n. 7.
In caſu propoſito tranſactio non extenditur ad non cogitata obiecta. n. 8.
Neque dolus eorum cum quibus eſt tranſactum vllo modo interueniſſe videtur. n. 9.
Neque ſatis conſtat ex datis adeſſe laeſionem enormem. n. 10.

Immo ſi adeſſet, de iure communi, quod inpraeſentiarum ſequendum, tranſactioni reſcindendae locum non dat, quod patet 1) ex natura transactionis. n. 11.
2) Ex analogia iuris, quae transactioni effectum rei iudicatae, item iurisiurandi litis deciſorii praeſtiti tribuit. n. 12.
3) ex ipſa lege, cui merito ſuffragantur cordatiores ICti. n. 13.
Deciſio quaeſtionis primae. n. 14.
Quaeſtio ſecunda. n. 15.
Iusiurandum ſequitur naturam et conditionem actus, cui adiicitur. n. 16.
Tranſactio in dato caſu in ſe valida eſt. n. 17.
Iurisiurandi validae tranſactioni additi religio, ſi temere impugnatur tranſactio, quadruplice poena vindicatur. n. 18.
Non ſollemne et corporale iuramentum ad confirmandam tranſactionem requiritur. n. 19.
Deciſio quaeſtionis ſecundae. n. 20.
Quaeſtio tertia. n. 21.
Debitor, qui exceptiones illiquidas contra ſuum creditorem per actionem deducere intendit, non poteſt iure impedire proceſſum, quem dicuut, exſequutiuum poſitis terminis habilibus contra ſe inſtituendum n. 22.
Moto iam concurſu, quae debitor obaeratus creditoribus ſuis opponere intendit, in foro concurſus deducere tenetur. n. 23.
Deciſio quaeſtionis tertiae. n. 24.
Quaeſtio quarta. n. 25.
Exceptiones creditoribus a debitore obaerato opponendae in foro concurſus debent ventilari. n. 26.
Neque haec diſcuſſio iuri reliquorum creditorum fraudi eſſe poteſt adeo, vt ipſi exitum eius debeant exſpectare; ſed potius optimo iure vrgent ſententiam, quam aiunt, claſſificatoriam quantocius ferendam. n. 27.
Deciſio quaeſtionis vltimae. n. 28.

Unſere freundliche Dienſte zuvor,
Hohwohlgebohrner
Hochgeehrteſter Herr und günſtiger Freund.

Als Ew. Hochwohlgebohrnen uns nachſtehende Geſchichtserzehlung mit 6 Beylagen, die hiebey zurück gehen, nebſt angehängten Rechtsfragen zugeſandt, und darüber unſer in den Rechten gegründetes Gutachten zu ertheilen gebeten;

Dennach erachten wir nach fleißiger derſelben Verleſung und gemeinſchaftlich gepflogener Erwegung den Rechten gemäß zu ſeyn:

1 Hat der Gräflich R. Droſt vom R. bey ſeinem Abſterben vier Töchter als Erbinnen ſeiner theils im Hochſtifte O. theils in der Grafſchaft L. belegenen

genen Güter nachgelaſſen, von welchen im Jahr 1749 die älteſte mit dem Freyherrn von I. zu B. und darauf im Jahr 1755 die zweyte mit dem Herrn von H. und die dritte mit dem Herrn von D. ſich verheirathet hat, die jüngſte Maria Clara aber wegen natürlicher Ermangelung des Gehörs und der Sprache unter der gerichtlich angeordneten Pflege des Domcapitularen Freyherrn von B. geblieben.

Iſt nach erfolgter Heirath der zweyten und dritten Tochter zwiſchen den ſämmtlichen Eheherren der drey älteſten Töchter und dem Freyherrn von B. als Pflegern der jüngſten unter dem 8. May 1755 der

ſub lit. A.

beygelegte Theilungsreceß wegen der nachgelaſſenen R. Güter errichtet, und in demſelben verabredet worden, daß dem Freyherrn von I. Namens ſeiner Frau Gemalin das im Hochſtift O. belegene Haus und Gut A. für einen einſtweiligen Werth von 60000 Rthlr., wovon einer jeden Miterbin ihr Antheil mit 15000 Rthlr. auszuzahlen, überlaſſen, und die Gewährung des Anſchlags, wornach dieſer Werth beſtimmt worden, wie auch die Breichtigung der conferendorum, wohin unter andern die vom Jahr 1749 bis 1755 von den dreyen jüngern Schweſtern einſeitig gehobenen Nutzungen des Guts A. gehören, bis zu einer weiteren gänzlichen Theilung ausgeſetzt ſeyn ſolle.

Als hierauf dem Herrn von I. die Verzinſung der zur Befriedigung ſeiner Herren Schwäger aufgenommenen beträchtlichen Geldſummen bey dem übermäßigen Anſchlag des Guts A. läſtig gefallen, und die verſprochene Vergütung des bey Annahme dieſes Guts erlittenen Schadens und Berichtigung der conferendorum von einer Zeit zur andern ausgeſetzt worden; hat der Herr von I. ſich gemüſſiget geſehen, eine Läſionsklage anzuſtellen, und mittlerweile unter der Hand, um einigermaaßen ſeines Schadens ſich zu erholen, ſich der L. Güter zu bemächtigen, aus deren gehobenen Einkünften darauf ein neues conferendum erwachſen.

Hat hierauf der Herr von H. durch Vorlegung eines mit allen anſcheinenden Kennzeichen der redlichſten Unpartheylichkeit aufgeſetzten ſtatus conferendorum den Herrn von I. zu einem unter dem 30. Ian. 1760 geſchloſſenen

ſub. Lit. B.

bey:

beyliegenden Vergleich bewogen, vermöge deſſen dieſe im Streit befangenen Forderungen, ſowohl in Anſehung der verlangten Entſchädigung wegen des angenommenen Guts A, als auch in Anſehung der bisher nicht berichtigten conferendorum, ab Seiten des Herrn von H. durch Uebertragung aller an den bisher in Gemeinſchaft gebliebenen Gütern habenden Anſprüche, und ab Seiten des Herrn von I. durch fernerweit übernomme Auszahlung einer Summe von 2100 Rthlr. völlig berichtiget werden ſollen, und zwar dergeſtalt, daß dieſer Vergleich mit einer eidlichen Clauſel beſtätiget worden.

Nachdem hiernächſt im gedachten Jahr 1760 der Herr von I. die in der Grafſchaft L. belegenen R. Güter bey der gerichtlichen Verſteigerung derſelben für das höchſte Gebot erſtanden, und der Herr von D. wegen des geſchehenen Zuſchlages unter dem Vorwande, daß das Gebot zu gering geweſen, mit dem Herrn von I. einen Rechtsſtreit, obwohl mit widrigem Erfolge, angefangen; iſt es endlich im Jahr 1769 zwiſchen beyden ſtreitenden Partheyen zu einem

ſub Lit. C.

anliegenden gütlichen Vergleich gekommen, in welchem der Herr von I. ſich verbunden, dem Herrn von D. noch 2000 Rthlr. mehr als ſeinen andern Schwager dem Herrn von H., mithin die Summe von 4100 Rthl. auszuzahlen.

Soll ſich aber vermöge des

ſub Lit. D.

beygelegten ſtatus conferendorum und einer demſelben angefügten Berechnung befinden, daß in dieſen beyden eingegangenen Vergleichen Herr und Frau von I. in Anſehung der verlangten Schadloshaltung wie auch der conferendorum, mithin in Anſehung des eigentlichen Objects der gütlichen Vergleiche weit über die Hälfte verletzet worden, indem a) ihre Forderung an den Herrn von H. 4288 Rthlr. 18 Gr. 4 Pf. betragen, und ſie daran 3263 Rthlr. 24 Gr. 2 Pf. verloren, und b) ihre Forderung an den Herrn von D. ſich auf 6276 Rthlr. 30 Gr. 2 Pf. erſtrecket, und ſie durch den Vergleich um 6874 Rthr. 18 Gr. 6½ Pf. verkürzet worden, einfolglich ſie bey dem Herrn von H. 1100 Rthlr. über die Hälfte, und bey dem Herrn von D. faſt 600 Rthlr. über das alterum tantum ihrer Forderung eingebüſſet, und von der ganzen Erbmaſſe

maſſe alſo nur 2496 Rthlr. 10 Gr. 5½ Pf. behalten, durch welche Verletzungen auf das Gut A. eine ſo anſehnliche Schuldenlaſt contrahiret werden müſſen, daß darüber ein Concursproceß entſtanden, in welchem die Herren von H. und von D. ſich mit den ihnen aus beſagten Vergleichen zuſtehenden Forderungen gleichfalls gemeldet, und entſtehen daher folgende Fragen:

Erſte Frage:

Ob bey ſo bewandten Umſtänden Herr und Frau von I. nicht befugt ſeyn eine Reſciſſion und Aufhebung dieſer eingegangenen gütlichen Vergleiche zu ſuchen? 2

Ob nun wohl 1) es ſeine ohnſtreitige Richtigkeit hat, daß ein geſchloſſener Vergleich blos diejenigen Forderungen betreffen könne, worüber zwiſchen den Parthæyen zur Zeit eines eingegangenen Vergleichs ein Streit geweſen, 3

L. 31. *C. de transact.*

folglich ein bey einer Erbſchaftstheilung errichteter gütlicher Vergleich blos die damals von beyden Seiten angegebenen Gegenſtände betreffen, und nicht auf Sachen, die zu der Zeit nicht berühret worden, erſtrecket werden mag,

L. 35. *D. de pact.*
L. 5., *L.* 9. §. 1., *L.* 12. *D. de transact.*
L. 31. *C. eodem*,

mithin den Tranſigenten die Befugniß, dasjenige was beym gütlichen Vergleich übergangen worden, ohnbeſchadet des eingegangenen Vergleichs zu fordern allerdings noch zuſteht;

L. 8. *C. de collat.*
STRYK *de caut. contract. Sect.* 3. *cap.* 7. §. 15.

Hiernächſt 2) es auch keinem Zweifel unterworfen, daß ein geſchloſſener gütlicher Vergleich nicht allein überhaupt wegen einer offenbaren Gefährde des Gegentheils, 4

L. 65. §. 1. *D. de condict. indeb.*

ſondern auch beſonders wegen der von demſelben bey Seite gebrachten Urkunden

L. 19. C. de transact.

ingleichen wegen vorgelegter falſcher Urkunden wohl angefochten und über den Haufen geworfen werden mag;

L. 42. C. de transact.

5 Auch 3) eine übermäßige Verletzung nicht nur nach verſchiedenen Landesgeſetzen, als nach dem Churſächſiſchen Rechte,

Part. 2. conſtit. 34.

CARPZOV *Part. 2. conſtit. 34. def. 1.,*

nach dem Würtembergiſchen Landrechte

Part. 2. tit. 22.

LAUTERBACH *colleg. theoret. pract. tit. de transact.* §. 33.

und, wegen des Anſehens des Italiäniſchen Rechtsgelehrten Bartoli, in den höchſten Gerichten in Spanien und Frankreich,

PINELL. *ad L. 2. C. de reſcind. vendit. cap. 4. n. 15.*

als eine gerechte Urſache der Aufhebung eines geſchloſſenen gütlichen Ver-
6 gleichs angeſehen werden ſoll, ſondern auch nach gemeinen Rechten von verſchiedenen bewährten Rechtsgelehrten mit gedachtem Rechtslehrer

BARTOLO *ad L. 36. de verb. obligat. n. 5., et ad L. 2. C. de reſcindend. vendit. n. 7.*

für eine gegründete Urſache, auf eine Aufhebung des Vergleichs zu dringen gehalten werden will, indem a) die in dem

L. 2. C. de reſcind. vendit.

gegründete Aufhebung eines Kaufcontracts aus dem Grunde einer ſolchen übermäßigen Verletzung wegen der Gleichheit des Grundes nach der Billigkeit auf alle oneröſe Conventionen zu ziehen, und daher auch bey einem gütlichen Vergleich, als einer ohnſtreitigen Art einer oneröſen Convention,

L. 38. C. de transact.

ohne Unbilligkeit nicht verſagt werden möchte, zumalen b) dieſe Ausdehnung ſelbſt in Geſetzen geſchehen, da im

L. 5. C. de dol. malo,

die Kaiſer einer Tochter, welche einen mit ihrem Vater als geweſenen Vormunde eingegangenen Vergleich anzufechten geſucht, ausdrücklich reſcribiret: Si laeſa es immodice, in factum actio tibi tribuenda,

auch c) eine ſolche übermäßige Verletzung, wenn ſie gleich anfänglich nicht aus einer vorſetzlichen Gefährde oder dolo ex propoſito geſchehen, dennoch in der Folge, wenn ſie aus den Umſtänden der Sache erhelle und nicht erſetzt würde, einen dolum ex re in ſich enthalte,

L. 36. *D. de verb. obligat.*

mithin von dem in der Maaße verletzten Transigenten mit Recht geſagt werden könne, quod non tam pactus quam deceptus ſit,

L. 9. §. 2. *D. de transact.*

MYNSINGER *cent.* 1. *obſ.* 33.

RICHTER *Part.* 2. *deciſ.* 98. *n.* 54.

CARPZOV *Part.* 2. *conſtit.* 34. *def.* 1.

HEIGIUS *Part.* 2. *quaeſt.* 9. *n.* 12. *ſqq. ibique plures citati*

so wie andere bewährte Rechtslehrer dieſe Meinung wenigſtens in dem Fall, wenn die bewieſene Verletzung eine laeſio enormiſſima ſey, nach 7
der Billigkeit für gegründet halten,

PINELL. *loc. cit. n.* 26. *ſqq.*

HEIGIUS *loc. cit. n.* 28. *ibique plures citati.*

STRYK *uſ. mod. Tit. de transact.* §. 22.

MEVIUS *Part.* 8. *dec.* 494. *n.* 2.

Und aus dieſen Gründen, daß im vorgelegten Fall Herr und Frau von I. eine Aufhebung der eingegangenen ihnen nachtheiligen gütlichen Vergleiche zu ſuchen, wohl befugt ſeyn, es das Anſehen haben möchte;

Dennoch aber und dieweil quoad 1) vermöge der Geſchichtserzählung die durch die errichteten Vergleiche geſchehene Verletzung des Herrn und 8
der Frau von I. keinesweges ſolche Gegenſtände betreffen ſoll, welche in dieſen Vergleichen als Sachen, woran man zur Zeit der Schließung derſelben nicht gedacht hätte, wären übergangen worden, ſondern nach gedachter Geſchichtserzählung die Verletzung vielmehr das eigentliche Object der gütlichen Vergleiche, nämlich die verlangte Schadloshaltung

wegen

wegen der angenommenen O. Güter, und Berichtigung der angegebenen conferendorum, von welchen keine als ausgelaſſen angeführet werden, betreffen ſoll, mithin in ſo fern im gegenwärtigen Fall nichts vorhanden iſt, was ohngeachtet dieſer Vergleiche noch mit Recht gefordert werden könnte;

9 Hiernächſt quoad 2) auch in der Geſchichtserzehlung ſo wenig überhaupt einer zu beweiſenden offenbaren Gefährde der tranſigirenden Herrn von H. und von D., als beſonders des Umſtandes Erwähnung geſchehen, daß von denſelben entweder deutliche Urkunden bey Seite gebracht, oder auch falſche Urkunden wären vorgelegt, und dadurch der Vergleich veranlaſſet worden, einfolglich auch in ſo fern es an einem rechtlichen Grunde, die eingegangenen Vergleiche wieder umzuſtoßen, fehlet;

10 Und quoad 3) was die angeführte ſtarke Verletzung über die Hälfte anbetrifft, a) dieſe vorgegebene übermäßige Verletzung an ſich durch den

ſub lit. D.

beygelegten ſtatum conferendorum, und durch die demſelben beygefügte Berechnung noch nicht in facto für erwieſen zu halten, immaaßen, wenn auch bey Beurtheilung der Verletzung über die Hälfte in einem gütlichen Vergleich nach einiger Rechtslehrer Meinung bloß auf den Werth des Objects der ſtreitigen Forderung, und nicht auf den Werth der ſtreitigen Forderung ſelbſt, wie hoch dieſelbe wohl verkauft werden mögen, zu ſehen,

HEIGIUS *Part. 2. quaeſt. 9. n. 27.*

dennoch im gegenwärtigen Fall, wo von beyden Seiten anſehnliche Forderungen und Gegenforderungen gemacht worden, das Object der gütlichen Vergleiche nicht bloß aus der in der Berechnung angegebenen Forderung des Herrn von I., ſondern auch aus den daſelbſt nicht völlig angegebenen Gegenforderungen des Herren von H. und von D. zu beſtimmen, und was der Herr von I. aus dieſen Vergleichen an ſeine Herren Gegner zu bezahlen ſich anheiſchig gemacht, die ſtarken Gegenforderungen derſelben, die dagegen erlaſſen worden, und daher nothwendig mit
11 in Anſchlag zu bringen, betroffen, und b) wenn auch eine Verletzung über die Hälfte oder auch eine noch größere Verletzung wirklich bewieſen werden könnte, dennoch aus dem Grunde derſelben ein gütlicher Vergleich nach gemeinen Rechten nicht aufgehoben werden mag, anerwogen

α) wenn

α) wenn gleich ein gütlicher Vergleich als eine Art einer onerôſen Convention anzuſehen, dennoch das eigentliche Object deſſelben eine an ſich ungewiſſe und ſtreitige Forderung iſt,

L. 1., *L.* 11. *D. de tranſact.*

die nach der Natur der Sache keinen andern Werth hat, als der durch den gütlichen Vergleich beſtimmt worden,

VOET. *ad D. Tit. de tranſact.* §. 24.

und in onerôſen Conventionen, deren Obiect keinen beſtimmten Werth hat, eine Verletzung über die Hälfte unerfindlich iſt,

SANDE *deciſ. Friſ. Lib.* 3. *tit.* 4. *def.* 15. 16.

HVBER *prael. ad Dig. Tit. de reſcind. emt. vendit.* §. 6.

auch β) dasjenige, was im gütlichen Vergleich verſprochen oder bezahlt wird, nach der Abſicht der Partheyen keinesweges für eine wirkliche Bezahlung der im Streit begriffenen Sache, ſondern der bloßen Hoffnung des Gegentheils, durch den Weg Rechtens ſelbige zu bekommen, zu halten, mithin ſolches nicht nach dem Werth dieſer Sache, ſondern der ungewiſſen Hoffnung zu beurtheilen, und daher auch dem Gegentheil unwiderruflich verbleibt, wenn auch etwa nachher bewieſen werden könnte, daß er in der That nicht das geringſte zu fordern gehabt,

L. 65 §. 1. *D. de condict. indeb.*

L. 2., *L.* 23. *C. de tranſact.*

weniger nicht γ) in einem durch einen gütlichen Vergleich beyzulegenden Streit beyde Partheyen ſich über eine zudringliche Verletzung beſchweren, und dadurch, daß ſie einen Vergleich eingehen, dieſe Beſchwerde nothwendig von beyden Seiten fahren laſſen, und aller weiteren anzuführenden Verletzung entſagen,

SCHILTER *exercit.* 9. *th.* 14. *ſqq.*

ferner δ) eine Aufhebung eines gütlichen Vergleichs aus dem Vorwande einer übermäßigen Verletzung der demſelben in den Rechten beygelegten Kraft durchgehends widerſtreitet, da 1) ſolcher nicht weniger Kraft als ein rechtskräftiges Urtheil haben ſoll, 12

L. 20. *C. de tranſact.*

 ein

ein rechtskräftiges Urtheil aber aus dem Vorgeben einer Verletzung nicht aufgehoben werden mag,

L. 4. C. de re iudic.

L. 2. C. ſententiam reſcind. non poſſe

2) gegen denſelben kein Beweis der Verletzung durch neue Urkunden zugelaſſen wird,

L. 19. C de transact.

ſondern vielmehr durch ſelbigen alle Urkunden ihre Kraft verlieren und für mortificirt zu halten,

c. 1. X. de transact.

und 3) derſelbe einem abgelegten zugeſchobenen Eide gleich gehalten wird

L. 2. D. de iureiurando

nach welchem von keiner weiteren Verletzung die Rede seyn mag; überdies auch ε) in Rechten ausdrücklich verſehen, daß, wenn jemand auch in der Folge, durch einen gütlichen Vergleich über das Vierfache verletzt zu ſeyn, erweiſen könnte, dennoch desfalls der Vergleich nicht aufgehoben werden ſoll,

L. 78. §. f. D. ad SCtum Trebell.

13 und ζ) dieſem der für die gegenſeitige Meinung angeführte

L. 5. C. de dol. mal.

nicht entgegen ſteht, indem derſelbe deutlich von dem Fall redet, wo die Verletzung durch eine Gefährde des Vaters geſchehen, in welchem Falle ſonſt de dolo, allein gegen den Vater nur in factum geklagt werden kann,

VOET *ad D. Tit. de transact. §. 24.*

ſo wie η) der von einem ſogenannten dolo ex re wegen des

L. 36. D. de verb. obligat.

hergenommene Grund der gegenſeitigen Meinung um ſo weniger hier in Betrachtung kommen kann, da nach demſelben ein Vergleich wegen einer jeden auch geringern Verletzung aufzuheben ſeyn würde,

aus

aus welchen Gründen dieſe Meinung von den bewährteſten Rechts-
lehrer als eine gemeine Meinung behauptet,

MEVIUS *Part. 2. dec. 245. n. 9.*

VINNIUS *de transact. cap. 8. n. 11. ſqq.*

FABER *in Cod. lib. 2. tit. 21. def. 4.*

LAUTERBACH *coll. theor. pract. tit. de transact. §. 33.*

SCHILTER *exerc. 9. th. 14. ſqq.*

VOET. *ad D. tit. de transact. §. 24.*

LEYSER *ſpec. 46. med. 6.*

und auch beym Cammergericht nach derſelben geſprochen wird,

GAIL. *Lib. 2. obſ. 70. n. 6. ſqq.*

CRAMER *Tom. 3. obſ. 926.*

Als halten wir in Rechten dafür:

Daß bey ſo bewandten Umſtänden Herr und Frau von I. eine
Aufhebung der eingegangenen gütlichen Vergleiche zu ſuchen nicht 14
befugt ſind.

Zweyte Frage:

Ob die in dem mit dem Herrn von H. errichteten gütlichen Ver-
gleiche befindliche eidliche Clauſel im gegenwärtigen Fall in Anſe- 15
hung einer inneren oder äuſſeren Verbindlichkeit für kräftig zu
halten?

Ob nun zwar 1) es keinen Zweifel hat, daß die innere und äuſſere
Verbindlichkeit, welche aus einem Verſprechungs- oder Beſtätigungs- 16
eide, womit ein eingegangenes Geſchäft bekräftiget worden, entſprin-
get, ſich nicht weiter erſtrecken kann, als die aus dem Geſchäft für
ſich entſtehende Verbindlichkeit geht,

arg. L. 5. C. de non numer. pecun.

c. 25. X. de iureiurando

cum iuramentum actus, cui adiicitur, naturam et conditiones ſortiatur,

GUTTIEREZ *de iurament. Part. 1. cap. 37. n. 2. 3.*

et iuramento promiſſioni adiecto, ex ea orta obligatio non augeatur extenſiue, vt vi iuramenti ad plus quam vi promiſſionis praeſtandum teneatur, ſed ſolummodo intenſiue, ſiue vt fidelitatis et iuſtitiae obligationi, ſi qua ex ea orta eſt, nouam religionis obligationem ſuperaddat,

WIESTNER *inſtit. canon. Lib.* 2. *tit.* 24. *art.* 7. *n.* 86. *ſq.*

und daher die dem eingegangenen Geſchäfte entgegen ſtehenden Einreden der Gefährde, des Irrthums u. d. g. durch den hinzugefügten Beſtätigungseid für ausgeſchloſſen nicht gehalten werden mögen,

c. 28. *X. de iureiur.*
c. 2. *de pact. in* 6.

Derowegen 2) im vorliegenden Fall die eidliche Bekräftigung des mit den Herrn von H. geſchloſſenen gütlichen Vergleichs vom 30. Ian. 1760 für unkräftig gehalten werden möchte, da ab Seiten des Herrn von H. es bey dieſer Sache dem Anſehen nach auf eine bloße Ueberraſchung angeſehen geweſen, und ab Seiten des Herrn von I. ſothane Verpflichtung unter Vorausſetzung ganz anderer Umſtände, als ſich nunmehro in der Wahrheit gegründet zu ſeyn befinden, eingegangen worden, und derſelbe zwar die Abſicht, ſich zu vergleichen, nicht aber eine ſo übermäßige Verletzung zu leiden, gehabt;

Zumalen auch 3) dieſe eidliche Beſtätigung ſo wenig mit der gehörigen Vorbereitung, als mit den in den Rechten vorgeſchriebenen Feyerlichkeiten begleitet geweſen;

Dieweil aber dennoch 1) nach der vorgelegten Geſchichtserzählung
17 der von dem Herrn von I. mit dem Herrn von H. geſchloſſene Vergleich vom 30. Ian. 1760 wegen der verlangten Schadloshaltung in Anſehung der angenommenen O. Güter, und wegen Berichtigung der conferendorum, ſo wenig aus dem Grunde einer zu beweiſenden offenbaren Gefährde des Herrn von H., als aus dem Grunde, daß in demſelben Sachen, woran zu der Zeit nicht gedacht, übergangen worden, ſondern blos aus dem Grunde einer durch dieſen Vergleich erlittenen übermäßigen Verletzung angefochten werden ſoll, und bey ſo bewandten Umſtänden dieſer Vergleich ſchon an ſich für zu Recht beſtändig und unwider-

derruflich zu halten, und demſelben keine rechtliche Einrede entgegengeſetzt werden mag;

Dannenhero 2) der ſelbigem hinzugefügte Beſtätigungseid nicht allein 18
in Anſehung der daraus entſpringenden inneren Verbindlichkeit, ſondern auch in Anſehung der äuſſeren Verbindlichkeit allerdings für kräftig zu halten,

c. 28. *X. de iureiur.*

c. 2. *de pact. in* 6.

und ſchon nach gemeinen Römiſchen Rechten ein mit einem Eide beſtätigter gütlicher Vergleich eine beſondere Heiligkeit hat, und ohne Gefahr einer vierfachen Strafe ſo wenig gerichtlich als auſſergerichtlich angefochten werden darf;

L. 41. *C. de transact.*

Auch 3) der aus dieſem Eide entſtehenden Verbindlichkeit nicht ent- 19
gegen ſteht, daß die eidliche Beſtätigung nicht mit einer Vorbereitung und mit einigen Feyerlichkeiten begleitet worden, indem die gemeinen Rechte zur Gültigkeit eines auſſergerichtlichen Beſtätigungseides keine Vorbereitung und Feyerlichkeiten erfordern;

BOEHMER *iur. eccleſ. Lib.* 2. *tit.* 24. §. 58.

PVFENDORF *Part.* 1. *obſ.* 43. §. 2.

Als ſind wir der rechtlichen Meinung:

Daß die in dem mit dem Herrn von H. errichteten gütlichen Ver- 20
gleich enthaltene eidliche Clauſel im gegenwärtigen Fall ſowohl in Anſehung einer inneren als äuſſeren Verbindlichkeit für kräftig zu halten.

Dritte Frage:

Ob, wenn die mit dem Herren von H. und von D. eingegange- 21
nen gütlichen Vergleiche den Rechten nach aufgehoben werden könnten, beſagte Herren mit ihren in dem über das Gut A. entſtandenen Concurs aus dieſen Vergleichen angegebenen Forderungen nicht ſo lange zur Geduld zu verweiſen, bis dieſer Rechtsſtreit vermittelſt einer Widerklage geendiget worden?

Ob nun gleich in dem Fall, daß mehrgedachte Vergleiche mit Beſtande Rechtens aufgehoben werden könnten,

1) dem Herrn von I. die Befugniß, auf ſothane Aufhebung gegen die Herren von H. und von D. in ihrem Gerichtsſtande zu klagen, nicht verſagt werden dürfte;

Auch 2) dieſer Rechtsſtreit allerdings ſo beſchaffen, daß von dem Ausgange deſſelben das Recht beyder Herren Gegner, die in berührten Vergleichen ihnen verſprochenen Geldſummen von dem Herrn von I. zu verlangen, abhängen würde, und daher, daß beſagte Herren von H. und von D. mit ihren aus dieſen Vergleichen angegebenen Forderungen bis zum Austrag dieſer anzuſtellenden Aufhebungsklage zur Geduld zu verweiſen, es das Anſehen haben möchte;

22 Dennoch aber und dieweil 1) wenn auch über das Gut A. noch kein Concurs entſtanden wäre, worinn die Herren von H. und von D. die ihnen aus vorgedachten Vergleichen zuſtehenden Forderungen anhängig gemacht, dennoch der Herr von I. durch eine gegen dieſe ſeine Herren Gegner in ihrem Gerichtsſtande angebrachte Aufhebungsklage, die aus dieſen Vergleichen gegen ihn auf die verglichenen Summen anzuſtellende executiviſche Klage nicht hätte hindern mögen, debitor enim non poteſt creditorem, qui in proceſſu executiuo fundatam habet intentionem, praeuenire et exceptiones illiquidas per modum actionis in iudicium deducendo, proceſſum executiuum auertere;

BERGER *elect. proc. execut.* §. 46.

SCHAVMBVRG *princip. prax. iudic. Lib.* 2. *cap.* 2. §. 1. *not.**

23 Hiernächſt 2) im gegenwärtigen Fall nicht mehr res integra iſt, ſondern die Herren von H. und von D. in dem über das Gut A. entſtandenen Concurs die ihnen aus den Vergleichen zuſtehenden Forderungen bereits anhängig gemacht, mithin nach der Natur des Concursproceſſes dasjenige, was der Herr von I. gegen dieſe Vergleiche zu erinnern hat und von ſeinen Herren Gegnern zu fordern berechtiget iſt, im erregten Concursproceß und im Fortgange deſſelben an- und ausführen, nicht aber einſtweilen einer beſondern Ausführung ausgeſetzet werden muß;

arg. L. 11. §. 1. *D. de iurisdict. Nov.* 96. *c.* 2.

SAL-

SALGADO DE SAMOZA *Labyr. cred. Part.* I. *cap.* 16. *n.* 17. *ſqq.*
Ludovici Einleit. zum Concursproceß *cap.* 7. §. 3.

Als geht unſere rechtliche Meinung dahin:

Daß, wenn die mit den Herren von H. und von D. geſchloſſenen 24
gütlichen Vergleiche den Rechten nach aufgehoben werden könnten, dieſe Aufhebung nunmehro in dem über das Gut A. entſtandenen Concursproceß, und nicht in einem beſonderen desfalls anzuſtellenden Rechtsſtreit zu ſuchen ſeyn würde.

Vierte Frage:

Ob nicht, wenn eine Aufhebung der gemeldeten Vergleiche ge- 25
ſucht werden könnte, die übrigen Gläubiger ſich gefallen laſſen müßten, vor der Hand vom weiteren Diſcuſſionsgeſuch abzuſtehen, und ſich vorgängig an der Vertheilung der in der Concursmaſſe vorräthigen Gelder zu begnügen?

Ob nun wohl, wenn die Vergleiche mit Beſtande Rechtens angefochten werden könnten, durch eine dem Verlangen des Herrn von I. gemäß erfolgte gerichtliche Aufhebung derſelben in dem über das Gut A. erregten Concurs nicht nur die Summe der angegebenen Schulden anſehnlich vermindert, ſondern auch die Concursmaſſe durch die von dem Herrn von I. gegen die Herren von H. und von D. gemachte Forderung nicht wenig vermehret werden dürfte, mithin von der Endſchaft dieſer Sache die völlige Berichtigung des ſtatus actiuorum et paſſiuorum, die zum Behuf des Concursproceſſes nothwendig iſt, abhängen würde;

Und hieraus, daß vor der Hand die übrigen Gläubiger vom weiteren Diſcuſſionsgeſuch abzuſtehen, und ſich vorgängig an der Vertheilung der in der Concursmaſſe vorräthigen Gelder zu begnügen ſchuldig ſeyen, geſchloſſen werden möchte;

Dennoch aber und dieweil 1) dieſe Aufhebung der Vergleiche nicht 26
vermittelſt einer beſonders auszuführenden Klage, ſondern beyläufig im angegangenen Concursproceß würde geſucht werden müſſen;

Und 2) die Erörterung dieſes Streits in Anſehung der übrigen 27
Gläubiger, die ihre Forderungen angegeben und bewieſen haben, die

Abfaſſung und Eröffnung eines Liquidations⸗ und Erſtigkeitsurtheils den Rechten nach nicht aufhalten mag, indem einestheils dieſe Gläubiger ihre Befriedigung aus dem wirklich vorhandenen bereiten Vermögen des Herrn Schuldners zu verlangen berechtiget, und keinesweges verbunden ſind, ihre Befriedigung aus dem Ausgange einer ungewiſſen ſtreitigen Forderung zu erwarten,

arg. L. f. §. 1. C. de compenſat.

und anderntheils den Herren von H. und von D. mit ihren angegebenen Forderungen die gebührende Stelle unter der Bedingung, wenn die Richtigkeit ihrer Forderungen wird ausgemacht worden ſeyn, im Erſtigkeitsurtheil angewieſen werden muß, ſo daß, wenn nachher ihre Forderungen wegfallen, und ſie etwa noch etwas herauszugeben für ſchuldig erkannt werden ſollten, die ihnen eventualiter zuerkannte, oder etwa noch von ihnen zu bezahlende Summe den nachſtehenden Gläubigern, und, wenn dieſe ſämmtlich ſollten befriediget worden ſeyn, dem gemeinen Herrn Schuldner zu Gute kommen muß;

Als halten wir den Rechten für gemäß:

28 Daß, wenn auch eine Aufhebung der gemeldeten Vergleiche geſucht werden könnte, dennoch die übrigen Gläubiger nicht verbunden ſeyn würden, vor der Hand vom weiteren Diſcuſſionsgeſuche abzuſtehen, und ſich vorgängig an der Vertheilung der in der Concursmaſſe vorräthigen Gelder zu begnügen.

Alles von Rechts wegen.

DECI-

DECISIO LVIII.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Alienatio praediorum minoris, quae ſine ſollemnitate legitima facta eſt, vitio nullitatis laborat; adeoque rerum alienatarum vindicatio locum habet.

II. Non locum habet remedium reſtitutionis praetoriae ad farciendum damnum, contra quod remedium iuris communis iam datur.

III. Teſtamentum etiam in iudicio depoſitum non valet, niſi conſtet eius inſinuationem ex voluntate teſtatoris eſſe factam.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

De validitate ſeparationis, quam mater adprobante tutore filii inſtituit, an teneatur reſpondere vitricus, qui poſt mortem matris eius haeres eſſe vult, quaeritur et adfirmatur. n. 2. et 6.

An ſola iudicialis adprobatio ſufficiat ad alienationem rerum pupilli quaeritur et negatur. n. 3. et 7.

Qui ex capite laeſionis in integrum petit reſtitui, laeſionem factam eſſe ante debet docere. n. 4.

An teſtamentum iudiciale valeat, ſi non conſtat inſinuationem volente teſtatore eſſe factam, praeſertim in caſu teſtamenti coniugum reciproci quaeritur et negatur. n. 5. et 9.

Qui iure communi tutus eſt beneficio reſtitutionis praetoriae non indiget. n 8

Urtheil.

Auf eingewandte Appellation und deren Juſtification in Sachen des Kornhändlers Chriſtian Heinrich Wilhelm B. zu L. Klägers jetzt Appellanten an einem, wider den Kornhändler Adolph Chriſtoph P. daſelbſt Beklagten jetzt Appellaten am anderen Theile, die elterliche Verlaſſenſchaft betreffend,

erkennen ꝛc. ꝛc. zur Regierung im Herzogthum L. verordnete Landdroſt und Regierungsräthe nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten für Recht:

1 Daß die eingewandte Appellation in ihren Formalien beſtändig, und zur gebührenden Rechtfertigung anhero erwachſen; die Materialien belangend, erſcheinet aus den Acten allenthalben ſo viel, daß in erſterer Inſtanz übel geſprochen, und wohl appelliret worden, dannenhero was die unter dem 28. Nov. 1753 gerichtlich beliebte Abſonderung des Klägers anbetrifft, dieſelbe für rechtsbeſtändig nicht, ſondern vielmehr für null und nichtig zu halten, mithin Beklagter an Klägern, als ſeines verſtorbenen Vaters nachgelaſſenen einzigen Inteſtaterben, deſſen Erbſchaft nach einem rechtlichen Inventario, oder in deſſen Ermangelung nach einer mit einem Eide zu beſtärkenden Specification nebſt allen Zubehörungen herauszugeben, und von den gehobenen Nutzungen Rechnung abzulegen ſchuldig; hiernächſt das unter dem 2. May 1769 eröffnete teſtamentum reciprocum des Beklagten und deſſen verſtorbener Ehefrau anlangend, daſſelbe für rechtsbeſtändig noch zur Zeit nicht zu achten, ſondern Beklagter binnen Ordnungsfriſt, daß ſolches von ſeiner verſtorbenen Ehefrau gerichtlich gebührend übergeben worden, mit Vorbehalt des dem Kläger zuſtehenden Gegenbeweiſes, beyder Theile Eidesdelation und anderer rechtlichen Nothdurft, wie recht zu erweiſen verbunden; worauf alsdann in Anſehung der mütterlichen Erbſchaft, ob und was für ein Antheil Beklagtem daran zuſtehet, ferner ergeht, was recht iſt. V. R. w.

Entſcheidungsgründe.

Obzwar 1) was die von Klägern gegen die unter dem 28. Nov. 1753 gerichtlich beliebte und beſtätigte Abſonderung deſſelben geführte Be-
2 ſchwerde anbetrifft, Beklagter dagegen vorſchützen will, a) daß er ſo wenig dieſe Abſonderung ſelbſt,

Nr. actor. 21. *pag.* 16.

als das zum Behuf derſelben errichtete Inventarium der von Klägers Vater nachgelaſſenen Erbſchaft zu verantworten ſchuldig,

Nr. actor. 12. *pag.* 15.

da

da ſelbige nicht von ihm, ſondern von ſeiner verſtorbenen Ehefrau und von Klägers Vormunde beſorget worden, b) daß indeſſen dieſe Abthei- 3
lung in allem Betracht für zu Recht beſtändig zu halten, anerwogen vermöge des

actor. Nr. 4.

befindlichen gerichtlichen protocolli dieſelbe gerichtlich dergeſtalt geſchehen, daß α) Klägers beſtellter Vormund der Chirurgus B. dabey gegenwärtig geweſen, β) dem Gerichte ein förmliches Inuentarium

Nr. actor. 6.

von der väterlichen Erbſchaft des Klägers übergeben worden, nach welchem dieſe Verlaſſenſchaft vermöge der geſchehenen Taxation zur Bezahlung des Eingebrachten der Wittwe nicht zugereichet, ſondern ſelbige noch über 1100 Rthlr. daran verloren, γ) das Gericht das Erbieten der Mutter, gegen Annahme der ſämmtlichen väterlichen Güter dem Kläger die Summe von 600 Rthlr., ſobald er ſeine eigene Haushaltung anfangen würde, nebſt dem dritten Theil der M. Proceßgelder und den ausſtehenden actiuis und Kleidern des verſtorbenen Vaters zu geben, der Billigkeit völlig gemäß befunden, und δ) darauf dieſe verlangte und vom Vormunde angenommene Abtheilung förmlich beſtätiget, und der Wittwe das völlige Eigenthum der väterlichen Güter überlaſſen,

Anbey c) daß, was Kläger von einer bey dieſer Abtheilung erlitte- 4
nen Verletzung angeführet, weswegen er dagegen die Wiedereinſetzung in vorigen Stand geſucht, in einem leeren Vorgeben, ſo gar nicht erwieſen worden, beſtehe, woher bekannten Rechten nach demſelben dieſe Rechtswohlthat nicht angedeihen möchte;

L. 24. §. 1. *D. de minor.*

L. 5. *pr. C. eodem*

Hiernächſt 2) die von Klägern gegen das den 2. May 1769 eröffnete 5
teſtamentum reciprocum des Beklagten und deſſen verſtorbener Ehefrau geführte Beſchwerde anlangend, Beklagter behaupten will, daß, wenn gleich über die ab Seiten ſeiner verſtorbenen Frau geſchehene gerichtliche Uebergabe kein gerichtliches Protocoll vorhanden, dennoch die Richtigkeit dieſer Uebergabe ſowohl wegen der für einen Richter ſtreitenden Vermuthung,

beyliegenden Vergleich bewogen, vermöge deſſen dieſe im Streit befangenen Forderungen, ſowohl in Anſehung der verlangten Entſchädigung wegen des angenommenen Guts A, als auch in Anſehung der bisher nicht berichtigten conferendorum, ab Seiten des Herrn von H. durch Uebertragung aller an den bisher in Gemeinſchaft gebliebenen Gütern habenden Anſprüche, und ab Seiten des Herrn von I. durch fernerweit übernomme Auszahlung einer Summe von 2100 Rthlr. völlig berichtiget werden ſollen, und zwar dergeſtalt, daß dieſer Vergleich mit einer eidlichen Clauſel beſtätiget worden.

Nachdem hiernächſt im gedachten Jahr 1760 der Herr von I. die in der Grafſchaft L. belegenen R. Güter bey der gerichtlichen Verſteigerung derſelben für das höchſte Gebot erſtanden, und der Herr von D. wegen des geſchehenen Zuſchlages unter dem Vorwande, daß das Gebot zu gering geweſen, mit dem Herrn von I. einen Rechtsſtreit, obwohl mit widrigem Erfolge, angefangen; iſt es endlich im Jahr 1769 zwiſchen beyden ſtreitenden Partheyen zu einem

ſub Lit. C.

anliegenden gütlichen Vergleich gekommen, in welchem der Herr von I. ſich verbunden, dem Herrn von D. noch 2000 Rthlr. mehr als ſeinen andern Schwager dem Herrn von H., mithin die Summe von 4100 Rthl. auszuzahlen.

Soll ſich aber vermöge des

ſub Lit. D.

beygelegten ſtatus conferendorum und einer demſelben angefügten Berechnung befinden, daß in dieſen beyden eingegangenen Vergleichen Herr und Frau von I. in Anſehung der verlangten Schadloshaltung wie auch der conferendorum, mithin in Anſehung des eigentlichen Objects der gütlichen Vergleiche weit über die Hälfte verletzet worden, indem a) ihre Forderung an den Herrn von H. 4288 Rthlr. 18 Gr. 4 Pf. betragen, und ſie daran 3263 Rthlr. 24 Gr. 2 Pf. verloren, und b) ihre Forderung an den Herrn von D. ſich auf 6276 Rthlr. 30 Gr. 2 Pf. erſtrecket, und ſie durch den Vergleich um 6874 Rthr. 18 Gr. 6½ Pf. verkürzet worden, einfolglich ſie bey dem Herrn von H. 1100 Rthlr. über die Hälfte, und bey dem Herrn von D. faſt 600 Rthlr. über das alterum tantum ihrer Forderung eingebüſſet, und von der ganzen Erbmaſſe

maſſe alſo nur 2496 Rthlr. 10 Gr. $5\frac{1}{2}$ Pf. behalten, durch welche Verletzungen auf das Gut A. eine ſo anſehnliche Schuldenlaſt contrahiret werden müſſen, daß darüber ein Concursproceß entſtanden, in welchem die Herren von H. und von D. ſich mit den ihnen aus beſagten Vergleichen zuſtehenden Forderungen gleichfalls gemeldet, und entſtehen daher folgende Fragen:

Erſte Frage:

Ob bey ſo bewandten Umſtänden Herr und Frau von I. nicht befugt ſeyn eine Reſciſſion und Aufhebung dieſer eingegangenen gütlichen Vergleiche zu ſuchen? 2

Ob nun wohl 1) es ſeine ohnſtreitige Richtigkeit hat, daß ein geſchloſſener Vergleich blos diejenigen Forderungen betreffen könne, worüber zwiſchen den Partheyen zur Zeit eines eingegangenen Vergleichs ein Streit geweſen, 3

L. 31. C. de transact.

folglich ein bey einer Erbſchaftstheilung errichteter gütlicher Vergleich blos die damals von beyden Seiten angegebenen Gegenſtände betreffen, und nicht auf Sachen, die zu der Zeit nicht berühret worden, erſtrecket werden mag,

L. 35. D. de pact.
L. 5., L. 9. §. 1., L. 12. D. de transact.
L. 31. C. eodem,

mithin den Tranſigenten die Befugniß, dasjenige was beym gütlichen Vergleich übergangen worden, ohnbeſchadet des eingegangenen Vergleichs zu fordern allerdings noch zuſteht;

L. 8. C. de collat.
STRYK *de caut. contract. Sect. 3. cap. 7. §. 15.*

Hiernächſt 2) es auch keinem Zweifel unterworfen, daß ein geſchloſſener gütlicher Vergleich nicht allein überhaupt wegen einer offenbaren Gefährde des Gegentheils, 4

L. 65. §. 1. D. de condict. indeb.

ſondern auch beſonders wegen der von demſelben bey Seite gebrachten Urkunden

L. 19. C. de tranſact.

ingleichen wegen vorgelegter falſcher Urkunden wohl angefochten und über den Haufen geworfen werden mag;

L. 42. C. de tranſact.

5 Auch 3) eine übermäßige Verletzung nicht nur nach verſchiedenen Landesgeſetzen, als nach dem Churſächſiſchen Rechte,

Part. 2. conſtit. 34.

CARPZOV *Part. 2. conſtit. 34. def. 1.*,

nach dem Würtembergiſchen Landrechte

Part. 2. tit. 22.

LAVTERBACH *colleg. theoret. pract. tit. de tranſact.* §. 33.

und, wegen des Anſehens des Italiäniſchen Rechtsgelehrten Bartoli, in den höchſten Gerichten in Spanien und Frankreich,

PINELL. *ad L. 2. C. de reſcind. vendit. cap. 4. n. 15.*

als eine gerechte Urſache der Aufhebung eines geſchloſſenen gütlichen Ver-
6 gleichs angeſehen werden ſoll, ſondern auch nach gemeinen Rechten von verſchiedenen bewährten Rechtsgelehrten mit gedachtem Rechtslehrer

BARTOLO *ad L. 36. de verb. obligat. n. 5., et ad L. 2. C. de reſcindend. vendit. n. 7.*

für eine gegründete Urſache, auf eine Aufhebung des Vergleichs zu bringen gehalten werden will, indem a) die in dem

L. 2. C. de reſcind. vendit.

gegründete Aufhebung eines Kaufcontracts aus dem Grunde einer ſolchen übermäßigen Verletzung wegen der Gleichheit des Grundes nach der Billigkeit auf alle oneröſe Conventionen zu ziehen, und daher auch bey einem gütlichen Vergleich, als einer ohnſtreitigen Art einer oneröſen Convention,

L. 38. C. de tranſact.

ohne Unbilligkeit nicht verſagt werden möchte, zumalen b) dieſe Ausdehnung ſelbſt in Geſetzen geſchehen, da im

L. 5. C. de dol. malo,

die Kaiſer einer Tochter, welche einen mit ihrem Vater als geweſenen Vormunde eingegangenen Vergleich anzufechten geſucht, ausdrücklich reſcribiret: Si laeſa es immodice, in factum actio tibi tribuenda,

auch c) eine ſolche übermäßige Verletzung, wenn ſie gleich anfänglich nicht aus einer vorſetzlichen Gefährde oder dolo ex propoſito geſchehen, dennoch in der Folge, wenn ſie aus den Umſtänden der Sache erhelle und nicht erſetzt würde, einen dolum ex re in ſich enthalte,

L. 36. D. de verb. obligat.

mithin von dem in der Maaße verletzten Tranſigenten mit Recht geſagt werden könne, quod non tam pactus quam deceptus ſit,

L. 9. §. 2. D. de transact.

MYNSINGER *cent.* 1. *obſ.* 33.

RICHTER *Part.* 2. *deciſ.* 98. *n.* 54.

CARPZOV *Part.* 2. *conſtit.* 34. *def.* 1.

HEIGIUS *Part.* 2. *quaeſt.* 9. *n.* 12. *ſqq. ibique plures citati*

ſo wie andere bewährte Rechtslehrer dieſe Meinung wenigſtens in dem Fall, wenn die bewieſene Verletzung eine laeſio enormiſſima ſey, nach 7
der Billigkeit für gegründet halten,

PINELL. *loc. cit. n.* 26. *ſqq.*

HEIGIUS *loc. cit. n.* 28. *ibique plures citati.*

STRYK *uſ. mod. Tit. de transact.* §. 22.

MEVIUS *Part.* 8. *dec.* 494. *n.* 2.

Und aus dieſen Gründen, daß im vorgelegten Fall Herr und Frau von I. eine Aufhebung der eingegangenen ihnen nachtheiligen gütlichen Vergleiche zu ſuchen, wohl befugt ſeyn, es das Anſehen haben möchte;

Dennoch aber und dieweil quoad 1) vermöge der Geſchichtserzählung die durch die errichteten Vergleiche geſchehene Verletzung des Herrn und 8
der Frau von I. keinesweges ſolche Gegenſtände betreffen ſoll, welche in dieſen Vergleichen als Sachen, woran man zur Zeit der Schließung derſelben nicht gedacht hätte, wären übergangen worden, ſondern nach gedachter Geſchichtserzählung die Verletzung vielmehr das eigentliche Object der gütlichen Vergleiche, nämlich die verlangte Schadloshaltung

wegen

wegen der angenommenen O. Güter, und Berichtigung der angegebenen conferendorum, von welchen keine als ausgelaſſen angeführet werden, betreffen ſoll, mithin in ſo fern im gegenwärtigen Fall nichts vorhanden iſt, was ohngeachtet dieſer Vergleiche noch mit Recht gefordert werden könnte;

9 Hiernächſt quoad 2) auch in der Geſchichtserzehlung ſo wenig überhaupt einer zu beweiſenden offenbaren Gefährde der tranſigirenden Herrn von H. und von D., als beſonders des Umſtandes Erwähnung geſchehen, daß von denſelben entweder deutliche Urkunden bey Seite gebracht, oder auch falſche Urkunden wären vorgelegt, und dadurch der Vergleich veranlaſſet worden, einfolglich auch in ſo fern es an einem rechtlichen Grunde, die eingegangenen Vergleiche wieder umzuſtoßen, fehlet;

10 Und quoad 3) was die angeführte ſtarke Verletzung über die Hälfte anbetrifft, a) dieſe vorgegebene übermäßige Verletzung an ſich durch den

ſub lit. D.

beygelegten ſtatum conferendorum, und durch die demſelben beygefügte Berechnung noch nicht in facto für erwieſen zu halten, immaaßen, wenn auch bey Beurtheilung der Verletzung über die Hälfte in einem gütlichen Vergleich nach einiger Rechtslehrer Meinung bloß auf den Werth des Objects der ſtreitigen Forderung, und nicht auf den Werth der ſtreitigen Forderung ſelbſt, wie hoch dieſelbe wohl verkauft werden mögen, zu ſehen,

HEIGIUS *Part.* 2. *quaeſt.* 9. *n.* 27.

dennoch im gegenwärtigen Fall, wo von beyden Seiten anſehnliche Forderungen und Gegenforderungen gemacht worden, das Obiect der gütlichen Vergleiche nicht bloß aus der in der Berechnung angegebenen Forderung des Herren von I., ſondern auch aus den daſelbſt nicht völlig angegebenen Gegenforderungen des Herren von H. und von D. zu beſtimmen, und was der Herr von I. aus dieſen Vergleichen an ſeine Herren Gegner zu bezahlen ſich anheiſchig gemacht, die ſtarken Gegenforderungen derſelben, die dagegen erlaſſen worden, und daher nothwendig mit
11 in Anſchlag zu bringen, betroffen, und b) wenn auch eine Verletzung über die Hälfte oder auch eine noch größere Verletzung wirklich bewieſen werden könnte, dennoch aus dem Grunde derſelben ein gütlicher Vergleich nach gemeinen Rechten nicht aufgehoben werden mag, anerwogen

α) wenn

α) wenn gleich ein gütlicher Vergleich als eine Art einer onerôſen Convention anzuſehen, dennoch das eigentliche Object deſſelben eine an ſich ungewiſſe und ſtreitige Forderung iſt,

L. 1., *L.* 11. *D. de tranſact.*

die nach der Natur der Sache keinen andern Werth hat, als der durch den gütlichen Vergleich beſtimmt worden,

VOET. *ad D. Tit. de tranſact.* §. 24.

und in onerôſen Conventionen, deren Obiect keinen beſtimmten Werth hat, eine Verletzung über die Hälfte unerfindlich iſt,

SANDE *deciſ. Friſ. Lib.* 3. *tit.* 4. *def.* 15. 16.

HVBER *prael. ad Dig. Tit. de reſcind. emt. vendit.* §. 6.

auch β) dasjenige, was im gütlichen Vergleich verſprochen oder bezahlt wird, nach der Abſicht der Partheyen keinesweges für eine wirkliche Bezahlung der im Streit begriffenen Sache, ſondern der bloßen Hoffnung des Gegentheils, durch den Weg Rechtens ſelbige zu bekommen, zu halten, mithin ſolches nicht nach dem Werth dieſer Sache, ſondern der ungewiſſen Hoffnung zu beurtheilen, und daher auch dem Gegentheil unwiderruflich verbleibt, wenn auch etwa nachher bewieſen werden könnte, daß er in der That nicht das geringſte zu fordern gehabt,

L. 65 §. 1. *D. de condict. indeb.*

L. 2., *L.* 23. *C. de tranſact.*

weniger nicht γ) in einem durch einen gütlichen Vergleich beyzulegenden Streit beyde Partheyen ſich über eine zudringliche Verletzung beſchweren, und dadurch, daß ſie einen Vergleich eingehen, dieſe Beſchwerde nothwendig von beyden Seiten fahren laſſen, und aller weiteren anzuführenden Verletzung entſagen,

SCHILTER *exercit.* 9. *th.* 14. *ſqq.*

ferner δ) eine Aufhebung eines gütlichen Vergleichs aus dem Vorwande einer übermäßigen Verletzung der demſelben in den Rechten beygelegten Kraft durchgehends widerſtreitet, da 1) ſolcher nicht weniger Kraft als ein rechtskräftiges Urtheil haben ſoll, 12

L. 20. *C. de tranſact.*

ein

ein rechtskräftiges Urtheil aber aus dem Vorgeben einer Verletzung nicht aufgehoben werden mag,

L. 4. C. de re iudic.

L. 2. C. ſententiam reſcind. non poſſe

2) gegen denſelben kein Beweis der Verletzung durch neue Urkunden zugelaſſen wird,

L. 19. C de transact.

ſondern vielmehr durch ſelbigen alle Urkunden ihre Kraft verlieren und für mortificirt zu halten,

c. 1. X. de transact.

und 3) derſelbe einem abgelegten zugeſchobenen Eide gleich gehalten wird

L. 2. D. de iureiurando

nach welchem von keiner weiteren Verletzung die Rede ſeyn mag; überdies auch ε) in Rechten ausdrücklich verſehen, daß, wenn jemand auch in der Folge, durch einen gütlichen Vergleich über das Vierfache verletzt zu ſeyn, erweiſen könnte, dennoch desfalls der Vergleich nicht aufgehoben werden ſoll,

L. 78. §. f. D. ad SCtum Trebell.

13 und ζ) dieſem der für die gegenſeitige Meinung angeführte

L. 5. C. de dol. mal.

nicht entgegen ſteht, indem derſelbe deutlich von dem Fall redet, wo die Verletzung durch eine Gefährde des Vaters geſchehen, in welchem Falle ſonſt de dolo, allein gegen den Vater nur in factum geklagt werden kann,

VOET *ad D. Tit. de transact. §. 24.*

ſo wie η) der von einem ſogenannten dolo ex re wegen des

L. 36. D. de verb. obligat.

hergenommene Grund der gegenſeitigen Meinung um ſo weniger hier in Betrachtung kommen kann, da nach demſelben ein Vergleich wegen einer jeden auch geringern Verletzung aufzuheben ſeyn würde,

aus

aus welchen Gründen dieſe Meinung von den bewährteſten Rechts-lehrer als eine gemeine Meinung behauptet,

MEVIVS *Part.* 2. *dec.* 245. *n.* 9.

VINNIVS *de transact. cap.* 8. *n.* 11. *ſqq.*

FABER *in Cod. lib.* 2. *tit.* 21. *def.* 4.

LAVTERBACH *coll. theor. pract. tit. de transact.* §. 33.

SCHILTER *exerc.* 9. *th.* 14. *ſqq.*

VOET. *ad D. tit. de transact.* §. 24.

LEYSER *ſpec.* 46. *med.* 6.

und auch beym Cammergericht nach derſelben geſprochen wird,

GAIL. *Lib.* 2. *obſ.* 70. *n.* 6. *ſqq.*

CRAMER *Tom.* 3. *obſ.* 926.

Als halten wir in Rechten dafür:

Daß bey ſo bewandten Umſtänden Herr und Frau von I. eine Aufhebung der eingegangenen gütlichen Vergleiche zu ſuchen nicht befugt ſind. 14

Zweyte Frage:

Ob die in dem mit dem Herrn von H. errichteten gütlichen Vergleiche befindliche eidliche Clauſel im gegenwärtigen Fall in Anſehung einer inneren oder äuſſeren Verbindlichkeit für kräftig zu halten? 15

Ob nun zwar 1) es keinen Zweifel hat, daß die innere und äuſſere Verbindlichkeit, welche aus einem Verſprechungs- oder Beſtätigungseide, womit ein eingegangenes Geſchäft bekräftiget worden, entſpringet, ſich nicht weiter erſtrecken kann, als die aus dem Geſchäft für ſich entſtehende Verbindlichkeit geht, 16

arg L. f. C. de non numer. pecun.

c. 25. *X. de iureiurando*

cum iuramentum actus, cui adiicitur, naturam et conditiones ſortiatur,

GVTTIEREZ *de iurament. Part.* 1. *cap.* 37. *n.* 2. 3.

et iuramento promiſſioni adiecto, ex ea orta obligatio non augeatur extenſiue, vt vi iuramenti ad plus quam vi promiſſionis praeſtandum teneatur, ſed ſolummodo intenſiue, ſiue vt fidelitatis et iuſtitiae obligationi, ſi qua ex ea orta eſt, nouam religionis obligationem ſuperaddat,

WIESTNER *inſtit. canon. Lib.* 2. *tit.* 24. *art.* 7. *n.* 86. *ſq.*

und daher die dem eingegangenen Geſchäfte entgegen ſtehenden Einreden der Gefährde, des Irrthums u. d. g. durch den hinzugefügten Beſtätigungseid für ausgeſchloſſen nicht gehalten werden mögen,

c. 28. *X. de iureiur.*

c. 2. *de pact. in* 6.

Derowegen 2) im vorliegenden Fall die eidliche Bekräftigung des mit den Herrn von H. geſchloſſenen gütlichen Vergleichs vom 30. Ian. 1760 für unkräftig gehalten werden möchte, da ab Seiten des Herrn von H. es bey dieſer Sache dem Anſehen nach auf eine bloße Ueberraſchung angeſehen geweſen, und ab Seiten des Herrn von I. ſothane Verpflichtung unter Vorausſetzung ganz anderer Umſtände, als ſich nunmehro in der Wahrheit gegründet zu ſeyn befinden, eingegangen worden und derſelbe zwar die Abſicht, ſich zu vergleichen, nicht aber eine ſo übermäßige Verletzung zu leiden, gehabt;

Zumalen auch 3) dieſe eidliche Beſtätigung ſo wenig mit der gehörigen Vorbereitung, als mit den in den Rechten vorgeſchriebenen Feyerlichkeiten begleitet geweſen;

17 Dieweil aber dennoch 1) nach der vorgelegten Geſchichtserzählung der von dem Herrn von I. mit dem Herrn von H. geſchloſſene Vergleich vom 30. Ian. 1760 wegen der verlangten Schadloshaltung in Anſehung der angenommenen O. Güter, und wegen Berichtigung der conferendorum, ſo wenig aus dem Grunde einer zu beweiſenden offenbaren Gefährde des Herrn von H., als aus dem Grunde, daß in demſelben Sachen, woran zu der Zeit nicht gedacht, übergangen worden, ſondern blos aus dem Grunde einer durch dieſen Vergleich erlittenen übermäßigen Verletzung angefochten werden ſoll, und bey ſo bewandten Umſtänden dieſer Vergleich ſchon an ſich für zu Recht beſtändig und unwider-

verruflich zu halten, und demſelben keine rechtliche Einrede entgegengeſetzt werden mag;

Dannenhero 2) der ſelbigem hinzugefügte Beſtätigungseid nicht allein in Anſehung der daraus entſpringenden inneren Verbindlichkeit, ſondern auch in Anſehung der äuſſeren Verbindlichkeit allerdings für kräftig zu halten, 18

c. 28. *X. de iureiur.*

c. 2. *de pact. in* 6.

und ſchon nach gemeinen Römiſchen Rechten ein mit einem Eide beſtätigter gütlicher Vergleich eine beſondere Heiligkeit hat, und ohne Gefahr einer vierfachen Strafe ſo wenig gerichtlich als auſſergerichtlich angefochten werden darf;

L. 41. *C. de transact.*

Auch 3) der aus dieſem Eide entſtehenden Verbindlichkeit nicht entgegen ſteht, daß die eidliche Beſtätigung nicht mit einer Vorbereitung und mit einigen Feyerlichkeiten begleitet worden, indem die gemeinen Rechte zur Gültigkeit eines auſſergerichtlichen Beſtätigungseides keine Vorbereitung und Feyerlichkeiten erfordern; 19

BOEHMER *iur. eccleſ. Lib.* 2. *tit.* 24. §. 58.

PUFENDORF *Part.* 1. *obſ.* 43. §. 2.

Als ſind wir der rechtlichen Meinung:

Daß die in dem mit dem Herrn von H. errichteten gütlichen Vergleich enthaltene eidliche Clauſel im gegenwärtigen Fall ſowohl in Anſehung einer inneren als äuſſeren Verbindlichkeit für kräftig zu halten. 20

Dritte Frage:

Ob, wenn die mit dem Herren von H. und von D. eingegangenen gütlichen Vergleiche den Rechten nach aufgehoben werden könnten, beſagte Herren mit ihren in dem über das Gut A. entſtandenen Concurs aus dieſen Vergleichen angegebenen Forderungen nicht ſo lange zur Geduld zu verweiſen, bis dieſer Rechtsſtreit vermittelſt einer Widerklage geendiget worden? 21

Ob nun gleich in dem Fall, daß mehrgedachte Vergleiche mit Beſtande Rechtens aufgehoben werden könnten,

1) dem Herrn von I. die Befugniß, auf ſothane Aufhebung gegen die Herren von H. und von D. in ihrem Gerichtsſtande zu klagen, nicht verſagt werden dürfte;

Auch 2) dieſer Rechtsſtreit allerdings ſo beſchaffen, daß von dem Ausgange deſſelben das Recht beyder Herren Gegner, die in berührten Vergleichen ihnen verſprochenen Geldſummen von dem Herrn von I. zu verlangen, abhängen würde, und daher, daß beſagte Herren von H. und von D. mit ihren aus dieſen Vergleichen angegebenen Forderungen bis zum Austrag dieſer anzuſtellenden Aufhebungsklage zur Geduld zu verweiſen, es das Anſehen haben möchte;

22 Dennoch aber und dieweil 1) wenn auch über das Gut A. noch kein Concurs entſtanden wäre, worinn die Herren von H. und von D. die ihnen aus vorgedachten Vergleichen zuſtehenden Forderungen anhängig gemacht, dennoch der Herr von I. durch eine gegen dieſe ſeine Herren Gegner in ihrem Gerichtsſtande angebrachte Aufhebungsklage, die aus dieſen Vergleichen gegen ihn auf die verglichenen Summen anzuſtellende executiviſche Klage nicht hätte hindern mögen, debitor enim non poteſt creditorem, qui in proceſſu executiuo fundatam habet intentionem, praeuenire et exceptiones illiquidas per modum actionis in iudicium deducendo, proceſſum executiuum auertere;

BERGER *elect. proc. execut.* §. 46.

SCHAVMBVRG *princip. prax. iudic. Lib.* 2. *cap.* 2. §. 1. *not.* *

23 Hiernächſt 2) im gegenwärtigen Fall nicht mehr res integra iſt, ſondern die Herren von H. und von D. in dem über das Gut A. entſtandenen Concurs die ihnen aus den Vergleichen zuſtehenden Forderungen bereits anhängig gemacht, mithin nach der Natur des Concursproceſſes dasjenige, was der Herr von I. gegen dieſe Vergleiche zu erinnern hat und von ſeinen Herren Gegnern zu fordern berechtiget iſt, im erregten Concursproceß und im Fortgange deſſelben an- und ausführen, nicht aber einſtweilen einer beſondern Ausführung ausgeſetzet werden muß;

arg. L. 11. §. 1. *D. de iurisdict. Nov.* 96. *c.* 2.

SAL-

SALGADO DE SAMOZA *Labyr. cred. Part.* 1. *cap.* 16. *n.* 17. *ſqq.*
Ludovici Einleit. zum Concursproceß *cap.* 7. §. 3.

Als geht unſere rechtliche Meinung dahin:

Daß, wenn die mit den Herren von H. und von D. geſchloſſenen gütlichen Vergleiche den Rechten nach aufgehoben werden könnten, dieſe Aufhebung nunmehro in dem über das Gut A. entſtandenen Concursproceß, und nicht in einem beſonderen desfalls anzuſtellenden Rechtsſtreit zu ſuchen ſeyn würde. 24

Vierte Frage:

Ob nicht, wenn eine Aufhebung der gemeldeten Vergleiche geſucht werden könnte, die übrigen Gläubiger ſich gefallen laſſen müßten, vor der Hand vom weiteren Discuſſionsgeſuch abzuſtehen, und ſich vorgängig an der Vertheilung der in der Concursmaſſe vorräthigen Gelder zu begnügen? 25

Ob nun wohl, wenn die Vergleiche mit Beſtande Rechtens angefochten werden könnten, durch eine dem Verlangen des Herrn von I. gemäß erfolgte gerichtliche Aufhebung derſelben in dem über das Gut A. erregten Concurs nicht nur die Summe der angegebenen Schulden anſehnlich vermindert, ſondern auch die Concursmaſſe durch die von dem Herrn von I. gegen die Herren von H. und von D. gemachte Forderung nicht wenig vermehret werden dürfte, mithin von der Endſchaft dieſer Sache die völlige Berichtigung des ſtatus actiuorum et paſſiuorum, die zum Behuf des Concursproceſſes nothwendig iſt, abhängen würde;

Und hieraus, daß vor der Hand die übrigen Gläubiger vom weiteren Discuſſionsgeſuch abzuſtehen, und ſich vorgängig an der Vertheilung der in der Concursmaſſe vorräthigen Gelder zu begnügen ſchuldig ſeyen, geſchloſſen werden möchte;

Dennoch aber und dieweil 1) dieſe Aufhebung der Vergleiche nicht vermittelſt einer beſonders auszuführenden Klage, ſondern beyläufig im angegangenen Concursproceß würde geſucht werden müſſen; 26

Und 2) die Erörterung dieſes Streits in Anſehung der übrigen Gläubiger, die ihre Forderungen angegeben und bewieſen haben, die 27

Abfaſſung und Eröffnung eines Liquidations- und Erſtigkeitsurtheils den Rechten nach nicht aufhalten mag, indem einestheils dieſe Gläubiger ihre Befriedigung aus dem wirklich vorhandenen bereiten Vermögen des Herrn Schuldners zu verlangen berechtiget, und keineswegs verbunden ſind, ihre Befriedigung aus dem Ausgange einer ungewiſſen ſtreitigen Forderung zu erwarten,

arg. L. ſ. §. 1. C. de compenſat.

und anderntheils den Herren von H. und von D. mit ihren angegebenen Forderungen die gebührende Stelle unter der Bedingung, wenn die Richtigkeit ihrer Forderungen wird ausgemacht worden ſeyn, im Erſtigkeitsurtheil angewieſen werden muß, ſo daß, wenn nachher ihre Forderungen wegfallen, und ſie etwa noch etwas herauszugeben für ſchuldig erkannt werden ſollten, die ihnen eventualiter zuerkannte, oder etwa noch von ihnen zu bezahlende Summe den nachſtehenden Gläubigern, und, wenn dieſe ſämmtlich ſollten befriediget worden ſeyn, dem gemeinen Herrn Schuldner zu Gute kommen muß;

Als halten wir den Rechten für gemäß:

28 Daß, wenn auch eine Aufhebung der gemeldeten Vergleiche geſucht werden könnte, dennoch die übrigen Gläubiger nicht verbunden ſeyn würden, vor der Hand vom weiteren Discuſſionsgeſuche abzuſtehen, und ſich vorgängig an der Vertheilung der in der Concursmaſſe vorräthigen Gelder zu begnügen.

Alles von Rechts wegen.

DECI-

DECISIO LVIII.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Alienatio praediorum minoris, quae ſine ſollemnitate legitima facta eſt, vitio nullitatis laborat; adeoque rerum alienatarum vindicatio locum habet.

II. Non locum habet remedium reſtitutionis praetoriae ad farciendum damnum, contra quod remedium iuris communis iam datur.

III. Teſtamentum etiam in iudicio depoſitum non valet, niſi conſtet eius inſinuationem ex voluntate teſtatoris eſſe factam.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

De validitate ſeparationis, quam mater adprobante tutore filii inſtituit, an teneatur reſpondere vitricus, qui poſt mortem matris eius haeres eſſe vult, quaeritur et adfirmatur. n. 2. et 6.

An ſola iudicialis adprobatio ſufficiat ad alienationem rerum pupilli quaeritur et negatur. n. 3. et 7.

Qui ex capite laeſionis in integrum petit reſtitui, laeſionem factam eſſe ante debet docere. n. 4.

An teſtamentum iudiciale valeat, ſi non conſtat inſinuationem volente teſtatore eſſe factam, praeſertim in caſu teſtamenti coniugum reciproci quaeritur et negatur. n. 5. et 9.

Qui iure communi tutus eſt beneficio reſtitutionis praetoriae non indiget. n. 8

Urtheil.

Auf eingewandte Appellation und deren Juſtification in Sachen des Kornhändlers Chriſtian Heinrich Wilhelm B. zu L. Klägers jetzt Appellanten an einem, wider den Kornhändler Adolph Chriſtoph P. daſelbſt Beklagten jetzt Appellaten am anderen Theile, die elterliche Verlaſſenſchaft betreffend,

erkennen ꝛc. ꝛc. zur Regierung im Herzogthum L. verordnete Landdroſt und Regierungsräthe nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten für Recht:

1 Daß die eingewandte Appellation in ihren Formalien beſtändig, und zur gebührenden Rechtfertigung anhero erwachſen; die Materialien belangend, erſcheinet aus den Acten allenthalben ſo viel, daß in erſterer Inſtanz übel geſprochen, und wohl appelliret worden, dannenhero was die unter dem 28. Nov. 1753 gerichtlich beliebte Abſonderung des Klägers anbetrifft, dieſelbe für rechtsbeſtändig nicht, ſondern vielmehr für null und nichtig zu halten, mithin Beklagter an Klägern, als ſeines verſtorbenen Vaters nachgelaſſenen einzigen Inteſtaterben, deſſen Erbſchaft nach einem rechtlichen Inventario, oder in deſſen Ermangelung nach einer mit einem Eide zu beſtärkenden Specification nebſt allen Zubehörungen herauszugeben, und von den gehobenen Nutzungen Rechnung abzulegen ſchuldig; hiernächſt das unter dem 2. May 1769 eröffnete teſtamentum reciprocum des Beklagten und deſſen verſtorbener Ehefrau anlangend, daſſelbe für rechtsbeſtändig noch zur Zeit nicht zu achten, ſondern Beklagter binnen Ordnungsfriſt, daß ſolches von ſeiner verſtorbenen Ehefrau gerichtlich gebührend übergeben worden, mit Vorbehalt des dem Kläger zuſtehenden Gegenbeweiſes, beyder Theile Eidesdelation und anderer rechtlichen Nothdurft, wie recht zu erweiſen verbunden; worauf alsdann in Anſehung der mütterlichen Erbſchaft, ob und was für ein Antheil Beklagtem daran zuſtehet, ferner ergeht, was recht iſt. V. R. w.

Entſcheidungsgründe.

Obzwar 1) was die von Klägern gegen die unter dem 28. Nov. 1753 gerichtlich beliebte und beſtätigte Abſonderung deſſelben geführte Be-
2 ſchwerde anbetrifft, Beklagter dagegen vorſchützen will, a) daß er ſo wenig dieſe Abſonderung ſelbſt,

Nr. actor. 21. *pag.* 16.

als das zum Behuf derſelben errichtete Inventarium der von Klägers Vater nachgelaſſenen Erbſchaft zu verantworten ſchuldig,

Nr. actor. 12. *pag.* 15.

da

da ſelbige nicht von ihm, ſondern von ſeiner verſtorbenen Ehefrau und von Klägers Vormunde beſorget worden, b) daß indeſſen dieſe Abthei- 3 lung in allem Betracht für zu Recht beſtändig zu halten, anerwogen vermöge des

actor. Nr. 4.

befindlichen gerichtlichen protocolli dieſelbe gerichtlich dergeſtalt geſchehen, daß α) Klägers beſtellter Vormund der Chirurgus B. dabey gegenwärtig geweſen, β) dem Gerichte ein förmliches Inuentarium

Nr. actor. 6.

von der väterlichen Erbſchaft des Klägers übergeben worden, nach welchem dieſe Verlaſſenſchaft vermöge der geſchehenen Taxation zur Bezahlung des Eingebrachten der Wittwe nicht zugereichet, ſondern ſelbige noch über 1100 Rthlr. daran verloren, γ) das Gericht das Erbieten der Mutter, gegen Annahme der ſämmtlichen väterlichen Güter dem Kläger die Summe von 600 Rthlr., ſobald er ſeine eigene Haushaltung anfangen würde, nebſt dem dritten Theil der M. Proceßgelder und den ausſtehenden actiuis und Kleidern des verſtorbenen Vaters zu geben, der Billigkeit völlig gemäß befunden, und δ) darauf dieſe verlangte und vom Vormunde angenommene Abtheilung förmlich beſtätiget, und der Wittwe das völlige Eigenthum der väterlichen Güter überlaſſen,

Anbey c) daß, was Kläger von einer bey dieſer Abtheilung erlitte- 4 nen Verletzung angeführet, weswegen er dagegen die Wiedereinſetzung in vorigen Stand geſucht, in einem leeren Vorgeben, ſo gar nicht erwieſen worden, beſtehe, woher bekannten Rechten nach demſelben dieſe Rechtswohlthat nicht angedeihen möchte;

L. 24. §. 1. D. de minor.

L. 5. pr. C. eodem

Hiernächſt 2) die von Klägern gegen das den 2. May 1769 eröffnete 5 teſtamentum reciprocum des Beklagten und deſſen verſtorbener Ehefrau geführte Beſchwerde anlangend, Beklagter behaupten will, daß, wenn gleich über die ab Seiten ſeiner verſtorbenen Frau geſchehene gerichtliche Uebergabe kein gerichtliches Protocoll vorhanden, dennoch die Richtigkeit dieſer Uebergabe ſowohl wegen der für einen Richter ſtreitenden Vermuthung,

c. 6. X. de renunciat.

als auch wegen der im Gericht erfolgten gerichtlichen Eröffnung deſſelben nicht bezweifelt werden möchte, einfolglich ihm ein Beweis derſelben nicht auferlegt werden dürfte;

Und daher, daß anders, als geſchehen, zu erkennen geweſen, es das Anſehen gewinnen möchte;

Dennoch aber und dieweil 1) was des Klägers Beſchwerde über die unter dem 28. Nov. 1753 gerichtlich beliebte und beſtätigte Abſon-
6 derung deſſelben anbetrift, a) die Rechtfertigung dieſer Abſonderung, und des zum Behuf derſelben errichteten inventarii Beklagten allerdings angeht, immaaßen, in ſo fern dieſe Abſonderung, und die in derſelben an Klägers Mutter geſchehene gerichtliche Ueberlaſſung der väterlichen Güter für null und nichtig zu halten, nicht allein Klägern das Eigenthum der väterlichen Verlaſſenſchaft bleibet, und Beklagter demſelben ſolche nach einem rechtlichen inventario oder einer allenfalls mit einem Eide zu beſtärkenden Specification herauszugeben verbunden, ſondern auch Klägern von der mütterlichen Erbſchaft, wenn auch die Richtigkeit des vorgegebenen teſtamenti reciproci bewieſen werden könnte, dennoch wenigſtens der demſelben nach dem

L. 6. pr. C. de ſecund. nupt.

gebührende Antheil zuſtehen würde,

7 und dann b) dieſe Abſonderung auf keine Weiſe für zu Recht beſtändig, ſondern vielmehr durchgehends für null und nichtig zu halten iſt, anerwogen, wenn auch auf die Untüchtigkeit des dem Kläger dabey beſtellten Vormundes, welche Beklagter gänzlich zu bezweifeln nicht vermocht,

Nr. actor. 12. pag. 14.

nicht geſehen werden will, dennoch α) das zum Behuf dieſer Abſonderung errichtete

Nr. actor. 6.

befindliche inventarium für ein zu Recht beſtändiges inventarium von den dem Kläger zugefallenen väterlichen Gütern, wie es hier zum Grunde geleget werden könnte, im geringſten nicht zu halten, immaaßen eineſtheils ſolches ſelbſt nach der Aufſchrift nicht von Klägers Vormunde,

munde, ſondern bloß in deſſen Gegenwart von dem curatore der Mutter, die im Begriff geweſen zur zweyten Ehe zu ſchreiten, und von der die Rechte in dieſem Falle vermuthen, quod nouo marito non tantum res filiorum, ſed etiam vitam addicat,

L. 22. C. de admin. tutor.

verfertiget worden, und anderntheils bey deſſen Verfertigung ſo wenig eine gerichtliche Perſon, als ein Notarius mit Zeugen zugegen geweſen, da doch die Geſetze deren Gegenwart bey Verfertigung eines öffentlichen inuentarii, dem Glauben beygeleget werden ſoll, ausdrücklich erfordern,

L. 24. C. de admin. tutor.

ferner β) die in demſelben angegebene Schätzung der Güter für eine bloße eigenmächtige Privatſchätzung zu halten, die nicht allein nicht gerichtlich geſchehen, ſondern auch von Leuten verrichtet worden, deren vorhergehende Vereidigung zu dieſem Zweck durch die

Nr. actor. 15.

beygebrachte Rechnung im geringſten nicht erwieſen iſt, hiernächſt γ) das Gericht nicht nur dieſes ungültige inuentarium nebſt der darinn enthaltenen nichtigen Schätzung der Güter; wie auch die ab Seiten der Mutter ohne einige Beſcheinigung zu 3355 Rthlr. 18 ß. angegebenen illata mit dem dabey irrig vorgegebenen Verluſt von mehr als 1100 Rthlr., ohne die geringſte Unterſuchung anzuſtellen, für richtig angenommen,

Nr. actor. 4.

ſondern auch δ) bey dieſer übereilten Vorausſetzung ohne rechtlichen Beweis einer dringenden Noth, ohne eine ſehr ſorgfältige in Rechten vorgeſchriebene Unterſuchung,

L. 5. §. 11. D. de reb. eor. qui ſub tut.

und ohne ein vorhergehendes nothwendiges Erkenntniß

L. 22. C. de admin. tutor.

mithin auf eine in allem Betracht nichtige Weiſe, der zur zweyten Ehe ſchreitenden Mutter das Eigenthum der väterlichen Güter mit den darzu gehörigen Grundſtücken überlaſſen,

Nr. 3. 4. actor.

endlich ε) die von der Mutter vorgeſchlagene Abſonderung des Sohns gegen eine Summe von 600 Rthlr. bey der geſchehenen Annahme der väterlichen Güter, welche nach ihrer eigenen Angabe nach Abzug anderer Schulden 2395 Rthlr. 21 ß. betragen

Nr. actor 6.

zwar der Billigkeit gemäß zu befinden verſichert, und auch darauf wirklich von Gerichtswegen beſtätiget hat, allein einer desfalls angeſtellten Unterſuchung, und der bey derſelben gefundenen Gründe dieſer vorgegebenen Billigkeit mit keinem Worte Erwähnung gethan; Einfolglich dieſe Abſonderung nebſt der in derſelben geſchehenen Ueberlaſſung der väterlichen Güter auf keine Weiſe zu Recht beſtehen mag;

8 Daher auch c) dasjenige, was gegen die von Klägern dagegen geſuchte Wiedereinſetzung in den vorigen Stand wegen des noch nicht geführten Beweiſes einer wirklichen Verletzung erinnert worden, um ſo weniger eine Aufmerkſamkeit verdienet, je weniger Kläger bey der offenbaren Nichtigkeit des ganzen Geſchäfts, wodurch er behauptet verletzt zu ſeyn, eine Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, und zum Behuf derſelben einen Beweis einer Verletzung nöthig hat,

L. 16. *pr.* §. 1. *D. de minor.*

L. 4. *C. ſi aduerſ. rem iudic.*

da er ohne eine Wiedereinſetzung in den vorigen Stand mit eben dem Rechte, als wenn die Ueberlaſſung der väterlichen Güter an ſeine Mutter und die unternommene Abſonderung nicht geſchehen wäre, als Inteſtaterbe ſeines Vaters, deſſelben Verlaſſenſchaft von Beklagtem nach einem rechtlichen inventario, oder in deſſen Ermangelung nach einer allenfalls mit einem Eide zu beſtärkenden Specification, mit allen Zubehörungen und gehobenen Nutzungen zu verlangen berechtiget iſt;

9 Hiernächſt 2) die von Klägern gegen das den 2. May 1769 eröffnete teſtamentum reciprocum ſeiner Mutter geführte Beſchwerde anlangend, zur Gültigkeit eines gerichtlichen ſchriftlichen Teſtaments unumgänglich erfordert wird, daß der Teſtirer ſolches dem Richter gebührend übergeben, und bezenget, daß ſolches ſein wahrer letzter Wille ſey,

STRYK *caut. teſtam. cap.* 7. §. 35

dieſe

dieſe gebührende Ueberreichung aber ſo wenig überhaupt, als beſonders bey reciproquen Teſtamenten aus dem bloßen Daſeyn eines Teſtaments im Gericht, ſondern aus dem über die geſchehene Ueberreichung errichteten gerichtlichen Protocoll bewieſen werden muß,

STRYK *loc. cit.* §. 32. 41.

mithin da im gegenwärtigen Fall dergleichen gerichtliches Protocoll nicht vorhanden

Nr. actor. 7.

Beklagter ſich nicht entbrechen mag, daß ſeine verſtorbene Frau beſagtes Teſtament gebührend gerichtlich übergeben, mit Vorbehalt das dem Kläger zuſtehenden Gegenbeweiſes rechtlicher Gebühr nach darzuthun, immaaßen, wenn er ſolches zu beweiſen nicht vermögend, Klägern als einzigem Inteſtaterben ſeiner Mutter die ganze Verlaſſenſchaft derſelben gebühren würde, und wenn Beklagter dieſen Beweis, wie recht, geführet, er gegen Klägern, wegen der Nichtigkeit der geſchehenen Abſonderung deſſelben, nur bloß den ihm als Stiefvater zukommenden dritten Theil der Erbſchaft ſeiner verſtorbenen Ehefrau nach Verordnung des

L. 6. pr. C. de ſec. nupt.

den Rechten nach würde behalten können;

BOEHMER *Diſſ. de reſtricta de bon. ſuis in fauor. ſec. coniug. diſponendi facultate* §. 7.

Als ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, zu erkennen bewogen worden.

DECISIO LIX.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Protocollum viſitationis eccleſiaſticae rite inſtitutae licet neque vim legis neque pacti reſpectu ciuitatis, in qua eſt inſtituta viſitatio, habeat, auctoritate tamen inſtrumenti publici gaudet; hincque ad probandum optime adhibetur.

II. Pactum, quod coram commiſſione a domino territorii ordinata conſul ciuitatis nomine totius ciuitatis iniit, cuiusque poſtea ſenatus a principe confirmationem et petiit et impetrauit, dubio procul validum cenſeri debet.

III. Qui expenſas in ſuum ipſius commodum redundantes, quas tertius vi pacti facere tenebatur, ſciens ex ſuo fecit; tacite ius illas repetendi videtur remiſiſſe.

S V M M A R I A.

Sententia. n. 1.

An protocollum viſitationis eccleſiaſticae rite inſtitutae vim probandi habeat. dubitatur, ſed adfirmatur. n. 2. et 7.

An qui onus aedificandi (zu bauen) *in fauorem tertii ſuſcepit, tantum ad operas in aedificando praeſtandas* (zu Baudienſten) *ſeſe obligaſſe dicendus ſit, quaeritur, et negatur. n 3. et 9.*

Pactum, quod ſine mandato tertii eſt initum, tertium non obligat, licet a principe ſit confirmatum. n. 4.

An pactum cum curato initum iuribus eccleſiae fraudi eſſe queat, quaeritur, et negatur. n. 5. et 10.

Vtrum is, qui vi pacti tenetur latus quoddam aedificii alterius aedificare, etiam inde dici poſſit ſeſe obligatur ad dimidium aedificii ipſius aedificandum et reparandum quaeritur, et negatur. n. 6. et 12.

In propoſito caſu pactum a conſule ciuitatis coram commiſſione ducali initum pleniſſimam vim habet. quod non ſufficiente tantum a ſenatu et ciuibus mandato inſtructus fuit, ſed ſenatus etiam eius pacti confirmationem a principe etpetiit et obtinuit. n. 8.

Si quis ad praeſtanda onera dubio procul obligatus ad poſſeſſionem libertatis prouocat, neque tamen caſus denegatae praeſtationis debitae allegat, contra onus ab ipſo praeſtandum praeſcriptione ſe tueri nequit. n. 11.

Qui ſciens expenſas, quae tertio incumbebant, ex ſuo fecit ſine proteſtatione de iis repetendis, eas donaſſe videtur, neque ad eas repetendas videtur eſſe admittendus. n. 13.

Urtheil

Urtheil.

Auf erhobene Klage, erfolgte Antwort, und weiteres rechtliches Einbringen in Sachen des Kirchenviſitations=Secretarii M. zu S. als Procuratoris der Kirche zu W. Klägers an einem, wider Bürgermeiſter und Rath auch Bürgerſchaft daſelbſt, Beklagte am andern Theile in puncto verweigerter Bau=Praeſtandorum an der dortigen Pfarre und Küſterey,

erkennen **Wir** *F.* **von Gottes Gnaden** H. zu M. ꝛc. ꝛc., nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, für Recht:

Das Beklagte die eine Seite der Pfarre, Ställe und Scheune, wie 1
auch der Küſterey aus ihren Mitteln ſowohl zu bauen als zu beſſern ſchuldig, übrigens aber, was den verlangten Bau der ganzen Hälfte der Pfarre; ingleichen die Erſtattung der von der Kirche bisher bezahlten Baukoſten anbetrifft, Beklagte von der angeſtellten Klage zu entbinden, und die auf dieſen Rechtsſtreit verwandten Koſten gegen einander zu vergleichen und aufzuheben. Von Rechts wegen.

Entſcheidungsgründe.

Obzwar A) Beklagte behaupten, daß ſie die eine Seite der Pfarre, Ställe und Scheune, wie auch der Küſterey aus ihren Mitteln zu bauen oder zu beſſern nicht ſchuldig, ſondern blos zur Ausbeſſerung durch die dabey nöthigen Dienſte beyzutragen verbunden,

immaaßen 1) Kläger durch die beygebrachten Urkunden dieſe vorge- 2
gebene Schuldigkeit, wie recht nicht erweiſen mögen, angeſehen einestheils das

Nr. actor. 13. *ſub lit. B.*

befindliche Viſitationsprotocoll vom Jahr 1593 anlangend, ſolches weder an ſich dieſe Schuldigkeit zu begründen vermöge, da es in Anſehung der Beklagten ſo wenig für ein Geſetz, als für einen gütlichen Vergleich zu halten, noch auch daſſelbe ſeinem Inhalt nach dieſe Schuldigkeit ausdrücke, indem das darinn enthaltene Wort: bauen gar füglich von einer bloßen Ausbeſſerung verſtanden werden könnte, anderntheils der

Nr. actor. 1. *ſub lit. B.*

beygelegte Vergleich den der Superintendent Lucas O. mit dem Bürgermeiſter Iacob L. dieſerwegen unter dem 4. Apr. 1679 geſchloſſen, dieſe Schuldigkeit noch weniger beſtärken könne, indem, da dieſer Vergleich blos vom Bürgermeiſter L., und nicht vom geſammten Rath und Viertheilsmännern unterſchrieben worden, auch der Bürgermeiſter L. keine ihm nöthige Vollmacht vom Rath und von den Viertheilsmännern beygelegt, derſelbe in Anſehung der Stadt nicht für verbindlich zu achten, und auch daher die erfolgte landesherrliche Beſtätigung, weil ſie ohne vorhergehende Unterſuchung der Sache geſchehen, demſelben keine Gültigkeit ertheilen können;

5 Vielmehr 2) Beklagte ihre Freyheit von dieſer ihnen aufzubürdenden Laſt dadurch zureichend dargethan zu haben vermeinen a) daß ſie das Gegentheil durch neuere beygebrachte Vergleiche erwieſen, als durch den

Nr. 7. actor. ſub lit. B.

befindlichen mit dem Paſtore Friederich K. den 26. Iun. 1738 geſchloſſenen, weniger nicht durch den eben daſelbſt angeführten mit dem Paſtore P. den 20. Dec. 1768 errichteten Vergleich, und b) dieſelben auch dabey auf einen beſtändigen ſeit 1593. fortgeſetzten Beſitz dieſer ihrer Freyheit ſich berufen, und daher allenfalls die Einrede der Verjährung vorgeſchützet;

6 Hiernächſt B) Kläger der Meinung iſt, 1) daß Beklagte nicht blos die eine Seite der Pfarre, ſondern die ganze Hälfte derſelben zu bauen verbunden, weil das in dem Viſitationsprotocoll von 1593 und in dem L. Vergleich von 1679 vorkommende Wort Seite natürlich von der einen Hälfte zu verſtehen, und 2) daß Beklagte der Kirche auch alle bisher von derſelben bezahlten Bau- und Beſſerungskoſten der ihnen zu bauen obliegenden Seite der Pfarre zu erſtatten und desfalls mit derſelben in eine Berechnung ſich einzulaſſen ſchuldig, und zu dieſen allen hätten vertheilet werden ſollen;

7 Dennoch aber und dieweil A) die Schuldigkeit der Beklagten, die eine Seite der Pfarre, Ställe und Scheune, wie auch der Küſterey aus ihren Mitteln ſowohl zu bauen als zu beſſern, aus den verhandelten Acten zureichend erhellet,

anerwo-

anerwogen 1) die vom Kläger beygebrachten Urkunden, als das Vi-
ſitationsprotocoll vom Jahr 1593, ingleichen der O. Vergleich vom
Jahr 1679, ſelbige auſſer allem Zweifel ſetzen, indem a) das Anſehen
dieſer Urkunden durch dasjenige, was Beklagte dagegen angeführet, im
geringſten nicht entkräftet werden mag, da einestheils das erwähnte 7
Viſitationsprotocoll vom Jahr 1593. wenn es gleich nicht als ein vor-
geſchriebenes Geſetz oder als ein errichteter Vergleich anzuſehen, dennoch
ohnſtreitig für ein öffentliches unwiderſprechliches Zeugniß der zu der Zeit
der Kirche zuſtehenden Gerechtſamen zu halten, woraus dieſelben völlig
erwieſen werden können, anderntheils der O. Vergleich vom Jahr 1679 8
allerdings als ein zu Recht beſtändiger und in Anſehung der Stadt verbind-
licher Vergleich, den nicht bloß der Bürgermeiſter L., ſondern nebſt
ihm der Rath und die Bürgerſchaft vor einer Herzoglichen Commiſſion mit
dem Superintendenten O. geſchloſſen, und den der Bürgermeiſter L. in
führender Vollmacht der Stadt, mithin Namens des Raths und der
Bürgerſchaft unterſchrieben, um ſo mehr angeſehen werden muß, da
nicht allein alle dieſe Umſtände in beſagtem Vergleich mit klaren Wor-
ten ausgedrückt worden, ſondern auch vermöge der beygefügten Herzog-
lichen Beſtätigungsurkunde ſelbſt Bürgermeiſter und Rath deſſelben
Beſtätigung geſucht und erhalten haben, mithin die Stadt dieſe Beſtä-
tigung gegen ſich als kräftig erkennen muß, wenn ſchon dieſelbe ohne
vorhergehende weitere Unterſuchung der Sache erfolget;

DAV. MEVIVS *Part.* 1. *dec.* 6. *n.* 4.

Weniger nicht b) der Inhalt dieſer Urkunden die beſagte Schuldig-
keit der Beklagten zureichend bezeuget, ſintemalen α) was die Art des 9
Bauens anbetrifft, einestheils das im Viſitationsprotocoll vorkommende
Wort: **bauen**, vermöge ſeiner Allgemeinheit keinesweges auf eine
bloße Ausbeſſerung einzuſchränken, auch dieſe Einſchränkung dadurch
nicht begründet werden mag, daß nach eben dieſem Protocoll die Kirch-
ſpielkinder das Vorhaus zu beſſern ſich geweigert; anderntheils auch
in dem auf dieſes Protocoll gegründeten O. Vergleich das Wort: **bauen**
in dieſer allgemeinen Bedeutung genommen, und von derſelben ver-
ſtanden worden,

und β) die Aufbringung der Baukoſten anlangend, es nicht allein
ſich von ſelbſt verſteht, daß, wenn die Stadt nach den Worten des
Viſi

Viſitationsprotocolls die eine Seite der Pfarre zu bauen verbunden,
ſolches auch aus ihren Mitteln geſchehen müſſe, ſondern auch durch
den O. Vergleich dieſe Schuldigkeit der Beklagten auſſer allen Zweifel
geſetzt wird;

Ferner auch 2) dasjenige, was Beklagte zum Beweiſe ihrer ange-
maßten Freyheit von gedachter Verbindlichkeit angeführet, dieſe vorge-
10 gebene Freyheit, wie recht, nicht begründet, indem a) die beygebrach-
ten neueren Vergleiche, welche ſie im Jahr 1738 mit dem Paſtore K.,
und im Jahr 1768 mit dem Paſtore P. dieſerwegen geſchloſſen, der
Kirche in Anſehung des ihr nach dem Viſitationsprotocoll und nach dem
L. Vergleich zuſtehenden Rechts um deſto weniger im geringſten nach-
theilig ſeyn und ſchaden können, da Beklagte ſelbſt nicht in Abrede
ſtellen, daß gedachte Prediger dieſe Vergleiche für ſich eigenmächtig
eingegangen, mithin dadurch der Kirche nichts vergeben mögen, und
11 b) der unvordenkliche Beſitz dieſer Freyheit und die darauf gegründete
Verjährung von Beklagten zwar angeführet, aber keine beſondere Fälle
angegeben und bewieſen worden, wo ſie ſeit dem Vergleich vom Jahr
1679 dieſen gerühmten Beſitz erhalten, und fortgeſetzet;

Hiernächſt B) die Schuldigkeit der Beklagten nicht ſo weit ausgedeh-
12 net werden mag, daß ſelbige 1) die ganze Hälfte der Pfarre zu bauen
verbunden, angeſehen im Viſitationsprotocoll bloß einer Seite gedacht,
und dabey ausdrücklich bemerkt wird, daß die Kirchſpielkinder das
Vorhaus zu beſſern nicht gehalten, ſo wie auch in dem mehrgedachten
Vergleich vom Jahr 1679 bloß von einer Seite der Pfarre geredet wird;

13 Noch auch 2) obgedachte Schuldigkeit dahin ſich erſtrecket
daß Beklagte der Kirche alle bisher bezahlten Bau- und Beſſe-
rungskoſten der ihnen zu bauen obliegenden Seite der Pfarre zu
erſtatten, und desfalls mit der Kirche in eine Berechnung ſich einzu-
laſſen ſchuldig, angeſehen die Kirche, wenn ſie gleich ſolche Koſten zu
zahlen nicht ſchuldig geweſen, dennoch, da ſie ſelbige bezahlet und in
Rechnung aufgeführet, ohne daß dieſerwegen Erinnerungen gemacht,
oder die Zurückforderung derſelben vorbehalten worden, ſich des Rechts,
ſelbige zurück zu fordern, ſtillſchweigend begeben;

So ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, mit Vergleichung der Koſten zu erkennen bewogen worden.

DECI-

DECISIO LX.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Legitimatio procuratorum, quum ea deficiente proceſſus vitio nullitatis laboret, merito a iudice ex officio vrgetur.

II. Temerarius ſine dubio eſt litigator, qui, quod prouiſorie a iudice eſt decretum, tamquam rem iudicatam in perpetuum valituram praetendit; hincque ad refundendas expenſas merito condemnatur.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Qui praedium oneribus publicis obnoxium poſſidet, iure ſuo vrget, vt, qui inde aliquid decerptum tenet, pro rata onera publica ſuſcipiat. n. 2.

Rationes, quare in controuerſia propoſita implorantes decretum de ſolvendis 15 Thaleris pro re iudicata in perpetuum valitura habeant. n. 3.

Legitimatio procuratorum ex officio vrgetur. n. 4.

Decretum de ſoluendis 15 Thaleris tantum eſſe prouiſorium, neque litem de praeſtanda ratione decerptae a fundo oneribus obnoxio partis indemnitate intuitu onerum publicorum plene decidere docetur. n. 5.

Rationes in contrarium adductae refutantur. n. 6.

Hinc implorantes ob temere inſtitutam litem non poſſunt non condemnari in expenſas. n. 7.

Urtheil.

Auf eingewandte reſtitutionem in integrum, deren Ausführung und weiteres rechtliche Einbringen in Sachen des Generalmajor von K. und Conſorten Beklagten jetzt Imploranten eines, entgegen den Ackermann C. zu V. Klägern jetzt Imploraten andern Theils,

erkennen Fürſtlich B. Hofrichter und Aſſeſſores nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten für Recht:

Daß zuförderſt beyder Partheyen Anwälde ſich gebührend ad acta 1 zu legitimiren verbunden; hiernächſt es der eingewandten reſtitutionis

in integrum ohngeachtet bey dem den 16. Aug. 1774 eröffneten Urtheil billig verbleibet, Imploranten auch die Koſten des verzögerten Proceſſes nach deren Angabe und richterlichen Mäßigung Imploratem zu erſtatten ſchuldig. Von Rechts wegen.

Entſcheidungsgründe.

Obwohl Imploranten durch das den 6. Aug. 1774 eröffnete Erkenntniß darinn beſchwert zu ſeyn vermeinen, daß durch ſelbiges das Erkenntniß vom 29. Ian. 1774, eingewandter Supplication ohngeachtet,
2 beſtätiget worden, und daher vermöge deſſelben Imploratem wegen der Contribution des Herrendienſtes und anderer onerum publicorum ſo viel zur Vergütung angedeihen müſſe, als er wegen der nunmehro gänzlich abgehenden fünften Hufe zu präſtiren hat, und zu dem Ende zur Ausfindung des eigentlichen Vergütungsquanti behufiges reſcriptum an das Amt V. erkannt worden,

inmaaßen wenn gleich Imploratem in den beygelegten wegen der abgehenden fünften Hufe verhandelten Acten durch verſchiedene Erkenntniſſe beſonders durch die vom 29. April. 1756 und vom 12. Iun. 1773 die Schadloshaltung in Anſehung der von dieſer Hufe abzutragenden onerum publicorum vorbehalten worden, dennoch das zum Behuf dieſer Schadloshaltung demſelben jährlich zu vergütende quantum nicht erſt jetzt durch eine Liquidation zu beſtimmen, ſondern bereits in den gedachten beygelegten Acten auf 15 Rthlr. rechtskräftig feſtgeſetzt worden,

3 indem 1) dieſe von Gerichts wegen den 16. Febr. 1759.

actor. Vol. 1. *Nr.* 43.

zum gütlichen Vergleich vorgeſchlagene und von Seiten der Imploranten

Nr. 44. *eod. Vol.*

angenommene Summe, nachdem von Seiten des Imploraten die ihm ſub praeiudicio auferlegte Erklärung nicht eingebracht, auf erfolgte Ungehorſamsbeſchuldigung

Nr. 46. *dict. Vol.*

durch das Decret vom 10. Iul. 1759 in contumaciam beſtätiget worden;

Und 2) wenn gleich auf eine vom Imploraten gegen beſagtes Decret eingewandte Supplication demſelben durch ein anderweitiges Decret vom

vom 4. Aug. 1759 der Beweis, daß die onera mehr als 15 Rthlr. betragen, binnen 4 Wochen zu führen nachgelaſſen worden, dennoch Implorat an dieſen Beweis ſich verſäumet, und daher auch von Imploranten unter dem 28. Aug. 1764

actor. Vol. 2. Nr. 7.

ausdrücklich gebeten worden, dieſen Beweis für deſert zu erklären;

Auch 3) das in beſagten Acten

Vol. 2.

befindliche Erkenntniß vom 12. Iun. 1773, worinn Imploraten wegen der onerum publicorum die Schadloshaltung vorbehalten worden, das demſelben desfalls zu vergütende quantum in Gemäßheit des decreti vom 10. Iul. 1759 gleichfalls zu 15 Rthlr. beſtimmet;

Endlich 4) Implorat nach dieſer Beſtimmung auch bisher die ihm zuerkannte Vergütung beſtändig erhalten hat,

Mithin aus dieſen Gründen, daß auf die angebrachte Beſchwerde erkannt werden ſollen, es das Anſehen gewinnen möchte;

Dennoch aber und dieweil was erſtlich die den Anwälden beyder Partheyen auferlegte vorläufige Legitimation anbetrifft, dieſelbe, da ſie von deren keinem beygebracht worden, zum Behuf der Gültigkeit der von beyden Seiten verhandelten Acten nicht übergangen werden können; 4

Und zweytens die Hauptſache anlangend, Imploranten keinesweges ſich dadurch beſchwert halten mögen, daß nachdem in dem erſten Erkenntniß vom 29. Ian. 1774. Imploraten eine Specification der onerum publicorum und ſonſtigen Abgaben wegen der fehlenden fünften Hufe, in Anſehung deren die in dem wegen gedachter Hufe geführten Rechtsſtreit ergangenen Erkenntniſſe vom 29. Apr. 1756 und vom 12. Iun. 1773 demſelben die Schadloshaltung ausdrücklich vorbehalten, ad acta zu bringen aufgegeben worden, hierauf in dem Erkenntniß vom 6. Aug. 1774 der eingewandten Supplication ohngeachtet ſolches beſtätiget, und zu dem Ende zur Ausfindung des eigentlichen Vergütungs-quanti behufiges reſcriptum an das Amt V. erkannt worden; 5

anerwogen der Imploranten Vorgeben, daß dieſes Vergütungs-quantum in den im erwähnten vorigen Rechtsſtreit verhandelten Acten,

bereits

bereits auf beſtändig jährlich zu 15 Rthlr. rechtskräftig feſtgeſetzt worden, ungegründet, und dergleichen beſtändige rechtskräftige Beſtimmung dieſes quanti in den Acten nicht vorhanden, vielmehr aus ſelbigen durchsgehends erhellet, daß die in denſelben befindliche Beſtimmung dieſes quanti blos als eine zum Behuf der Berichtigung der abzutragenden rückſtändigen Meyerzinſen der Zeit gemachte interimiſtiſche Beſtimmung anzuſehen, wodurch Imploraten das Recht, das eigentliche quantum dieſer onerum publicorum genauer zu liquidiren und zu beweiſen, nicht benommen worden,

angeſehen 1) das im Termin vom 16. Febr. 1759 gehaltene Protocoll

actor. Vol. 1. *Nr.* 43.

mit klaren Worten bezeuget, wasmaaßen von Gerichtswegen in Vorſchlag gebracht worden, daß, da die Sache verwickelt wäre, und beyde Theile zu einem völligen Vergleich wegen dieſes quanti nicht ſofort zu bewegen ſtünden, ſelbige vorerſt ſich ſolchergeſtalt gütlich ſetzen möchten, daß die von K. 3 Jahre lang 15 Rthlr. jährlich ratione der auf der fehlenden Hufe haftenden onerum und des Dienſtes dem damaligen Appellanten erlaſſen, inzwiſchen aber dieſe Puncte bey Fürſtlicher Cammer und reſpective Kriegescaſſe ausmachen, und in Richtigkeit bringen, möchten;

Dannenhero 2) dieſer Vorſchlag, ſo wie er geſchehen, folglich als ein bloßer interimiſtiſcher Vorſchlag von Imploranten darauf wirklich angenommen,

actor. Vol. 1. *Nr.* 44.

und gegen Imploraten, da derſelbe binnen der ihm ſub praeiudicio geſetzten Friſt ſeine Erklärung nicht eingebracht, durch das Decret vom 10. Iul. 1759. beſtätiget, jedoch in der Maaße, daß Imploraten auf eingewandte Supplication durch ein Decret vom 4. Aug. 1759. der Bewies eines größeren quanti binnen 4 Wochen zu führen nachgelaſſen worden;

Auch 3) dem zu Folge nicht allein auf eine von Imploraten den 18. Nov. 1765 übergebene Vorſtellung wegen dieſes zu geringen quanti

actor. Vol. 2. *Nr.* 15.

durch

durch ein Decret vom 30. Nov. 1765 demſelben ausdrücklich die Competenz vorbehalten worden;

ſondern auch 4) noch in einem anderweitigen Decret vom 14. Sept. 1773 ausdrücklich angegeben wird, daß das auf 15 Rthlr. feſtgeſetzte quantum ſich auf einem bloßen Interimsvergleich gründet;

Und 5) was zur Begründung des Vorgebens der Imploranten in den Zweifelsgründen angeführet worden, dagegen in keine Betrachtung kommen mag, 6

indem quoad 1) das in contumaciam ergangene Decret vom 10. Iul. 1759 den von Gerichts wegen geſchehenen Vorſchlag zum interimiſtiſchen Vergleich blos als einen Interimsvergleich beſtätiget, und daher dem Imploraten, wenn es auch die Rechtskraft erhalten hätte, jetzt nicht würde entgegengeſetzt werden können;

quoad 2) der dem Imploraten durch das Decret vom 4. Aug. 1759 nachgelaſſene Beweis einestheils von demſelben nach deſſen erfolgter Rechtskraft den 24. Sept. 1760 wirklich angetreten

actor. Vol. 1. Nr. 64.

auch ſolches in dem den 23. Apr. 1761 eröffneten Erkentniß zum Grunde geleget worden, daher auch Imploranten auf das

actor. Vol. 1. Nr. 7.

übergebene Geſuch, dieſen Beweis für deſert zu erklären, kein beyfälliges Decret erhalten, anderntheils wenn er auch als erloſchen angeſehen werden könnte, dennoch dadurch nur der mehrgedachte Vergleich als ein Interimsvergleich beſtätiget werden können;

quoad 3) das

actor. Vol. 2.

befindliche Erkenntniß vom 12. Iun. 1773, vermöge des bereits angeführten, wie auch des darauf erfolgten Decrets vom 14. Sept. 1773, das beſtimmte quantum von 15 Rthlr. nur als ein durch einen Interimsvergleich vorläufig feſtgeſetztes quantum annimmt; und quoad

4) der

4) der bisher beobachtete Abzug dieſes quanti jederzeit blos vermöge des gedachten Interimsvergleiches geſchehen, der dadurch von Imploraten um ſo weniger als eine beſtändige Regel hat anerkannt werden mögen, je mehr aus den Acten erhellet, daß er dagegen wiederholte Vorſtellungen gethan;

7. Derowegen auch Imploranten, da ſie keine ſcheinbare Urſache zu dem eingewandten remedio gehabt, mit Erſtattung der Koſten nicht verſchonet werden können;

So ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, zu erkennen bewogen worden.

DECI.

DECISIO LXI.

TEMATA PRINCIPALIA

I. Pactum, quod apud iudaeos Staar dicitur, atque in caſu matrimonii filiarum ab iis ſolet iniri, non nuda caerimonia eſt, neque dicis tantum cauſſa adhibetur.

II. Si parens filiam alicui in matrimonium collocat addito pacto dotali ſucceſſorio, vis huius pacti de iure communi non ab inſinuatione iudiciali pendet, neque teſtamento patris poteſt eneruari.

III. Donatio 1200 Thalerorum ſimplex inter viuos ſine inſinuatione iudiciali, quoniam quingentos ſolidos non excedit, valida eſt.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Dies inſinuationis decreti an imputetur in terminum decreto praefixum quaeritur et negatur. n. 2 et 7.

An pactum iudaeorum, quod Staar dicunt, in elocandis filiabus vſurpatum ſit mera caerimonia quaeritur, et negatur. n. 3 et 8.

Rationes dubitandi contra validitatem pacti, in quo actor in caſu propoſito fundamentum actionis ſuae collocat, ex iure communi deſumtae. n. 4.

Argumenta actoris qua reconuenti contra tenorem ſententiae. n 5.

Vſurae morae regulariter interpellationem extraiudicialem etiam debitoris requirunt, ab eaque curſus earum initium capit. n. 6 et 12.

In caſu propoſito pactum dotale ſucceſſorium de iure communi validum adeſſe demonſtratur. n. 9.

Et argumenta in contrarium adducta refutantur. n. 10.

Refutatio argumentorum actoris qua reconuenti. n. 11.

Urtheil.

Auf eingewandte Leuterungen, deren Rechtfertigungen und ferneres rechtliche Einbringen in Sachen des Schutzjuden Süsmann Levi G. Klägers und Widerbeklagten auch Leuteranten und reſpe-

ctive

ctiue Leuteraten an einem, wider weyland Schutzjuden zu H. Ioſeph W. Erben Feuber Ioſeph und Conſorten, Beklagte und Widerkläger, Leuteraten auch reſpectiue Leuteranten am andern Theile,

erkennen ꝛc. ꝛc. zum Amte H· verordnete Beamte, nach eingeholtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, für Recht:

1 Nunmehro aus den Acten und der Partheyen Einbringen ſo viel zu befinden, daß bey dem vorigen Urtheil, daß nemlich die von der Beklagten Erblaſſer an Klägers Ehefrau am 21. May 1755 ausgeſtellte Handſchrift weder für eine Schuldverſchreibung zu halten, noch als ein ſonſtiges pactum zu Recht beſtändig ſey, mithin Beklagte von der daraus angeſtellten Klage zu entbinden, es nicht zu laſſen, ſondern vielmehr vorgedachte Handſchrift, des beſchehenen Einwendens ohnerachtet, für gültig und für zu Recht beſtändig zu achten, dannenhero Beklagte Klägern entweder die darinn benannten 1200 Rthlr in Louisd'or zu 5 Rthlr ſammt den Zinſen des Verzugs zu 5 von Hundert, vom Tode ihres Erblaſſers angerechnet, zu bezahlen, oder vermöge derſelben die Halbſchied des einem Sohn aus der väterlichen Erbſchaft, nach Abzug der Bücher und etwaniger Ländereyen, zukommenden Erbtheils nach einem rechtlichen inuentario, oder, in deſſen Ermangelung, nach einer eidlichen Specification, cum omni cauſſa herauszugeben ſchuldig. Uebrigens iſt es der von beyden Theilen eingewandten Leuterung ohngeachtet bey dem den 5. Dec. 1774 eröffneten actor. Nr. 40. befindlichen Urtheil billig zu laſſen; jedoch mit der Erklärung: daß, was die reconueniendo eingeklagte Hauptſumme von 369 Rthlr. 7½ ggr. anbetrifft, einestheils Widerbeklagtem in Anſehung der darinn begriffenen und von ihm geleugneten 19 Rthlr. 19 ggr. die auf ſeine Anweiſung und Rechnung der G. ausgezahlt ſeyn ſollen, gegen den von Widerklägern durch die actor. Nr. 29. ſub nr. 1. 2. beygebrachte Urkunden angetretenen Beweis binnen Ordnungsfriſt ſeine rechtliche Nothdurft zu verhandeln, vorzubehalten, anderntheils derſelbe die Zinſen des Verzugs vom 31. Ian. 1773 Widerklägern zu bezahlen verbunden. V. R. w.

Entſcheidungsgründe.

2 Obgleich A) was Klägers Leuterung anbetrifft, I) Beklagte in Anſehung der Formalien dieſelbe für erloſchen halten, weil Klägern das Decret

Decret vom 18. Apr. 1775, worinn ihm eine endliche 14 tägige Friſt zur Einbringung ſeiner Rechtfertigung verſtattet worden, vermöge des

Nr. actor. 55.

übergebenen Documents der geſchehenen Einhändigung den 1. May 1775 zugeſtellet ſey, und er hierauf dieſe Rechtfertigung allererſt den 15. May 1775, mithin nach bereits verlaufener Friſt von 14 Tagen, eingebracht;

Nr. actor. 52.

Hiernächſt II.) die Hauptſache anlangend, 1) die erſte Beſchwerde, daß die ſeiner Ehefrau von der Beklagten Erblaſſer am 21. May 1755 ausgeſtellte

Nr. actor. 2. 3.

befindliche Handſchrift weder für eine ächte Schuldverſchreibung zu halten, noch als ein ſonſtiges pactum zu Recht beſtändig, mithin Beklagte von der daraus angeſtellten Klage zu entbinden, nicht ohne Anſchein von Beklagten für gänzlich ungegründet gehalten wird,

ſintemalen a) wenn auch die Geſchäffte der Juden unter einander 3
nach jüdiſchen Gebräuchen zu beurtheilen, dennoch dieſe unter dem Namen eines Staarn bey den Juden bekannte Verſchreibung ſelbſt nach jüdiſchen Gebräuchen unkräftig, und als ein nichts bedeutendes bey Verheirathung der Tochter übliches Ceremoniel anzuſehen, welche, wie Kläger ſelbſt nicht in Abrede ſtellen mögen,

Nr. actor. 17. *pag.* 5.

nicht nur von Reichen, ſondern auch von den Aermſten den Töchtern ertheilet würde, jedoch ohne daß dieſe daraus ein Recht erhielten das Verſchriebene zu fordern, falls nicht etwa der Vater nachher ein beſonderes Glück in Vermehrung ſeiner Güter gemacht haben ſollte, auch dieſe Beſchaffenheit ſothaner Verſchreibung durch die

Nr. actor. 9.

gerichtlich geſchehene mündliche Verſicherung des Schwagers der Beklagten Philipp Salomon, der eine gleichlautende Verſchreibung in Händen, zureichend bewieſen, und das von Klägern

Nr. actor. 17. *Lit. C.*

dagegen beygebrachte Zeugniß des H. Landrabbiners Ch. um ſo weniger eine Aufmerkſamkeit verdiene, da ſolches nicht allein auſſergerichtlich und ohne Eid, ſondern auch auf eine unrichtige Angabe des Zahlungstermins und unter Verſchweigung des Umſtandes, daß das dagegen gemachte Teſtament ein gerichtliches ſey und nach demſelben die Tochter bereits ihren völligen Erbtheil bekommen, ertheilet worden,

4 hiernächſt b) noch weniger nach gemeinen Rechten dieſe Verſchreibung für zu Recht beſtändig zu achten, anerwogen α) das darinn angegebene Darlehn nach Klägers eigenem Geſtändniß bloß ſimulirt, mithin dieſer Staar als eine über ein erhaltenes Darlehn ausgeſtellte Schuldverſchreibung bekannten Rechten nach null und nichtig ſey,

L. 54. D. de obligat. et act.

weniger nicht β) auch kein anderes zu Recht beſtändiges pactum in dieſer Verſchreibung enthalten, indem ſelbige ſo wenig für eine Schenkung unter Lebendigen wegen Ermangelung der gebührenden Inſinuation, als für ein pactum ſucceſſorium zu halten, da ſolches bey einer Tochter überflüſſig, und allen Töchtern der Juden dergleichen Verſchreibung ausgeſtellet werde,

dannenhero c) ſelbige allenfalls als eine bloße väterliche Verfügung unter Kindern zu betrachten, welche durch das vom Vater dagegen errichtete gerichtliche Teſtament,

Nr. actor. 56.

gar wohl habe aufgehoben werden können;

5 Dahingegen 2) die zweyte Beſchwerde wegen des den Klägern auferlegten Beweiſes der in ſeiner Replikſchrift

Nr. actor. 17. pag. 22.

angebrachten und abgeleugneten Gegenforderung von 772 Rthlr. 18 ggr. von Klägern daher für gegründet gehalten wird, weil er vor geendigtem executiviſchen Proceß dieſen Beweis zu führen nicht verbunden;

Und 3) die dritte Beſchwerde wegen der als richtig eingeſtandenen Summe der Widerklage von 369 Rthlr. 7½ ggr., einestheils von Klägern dadurch begründet werden will, daß er anführet, in ſeiner Replikſchrift

Nr. actor. 17. pag. 23.

den

den Beweis der Richtigkeit derſelben von Widerbeklagten ausdrücklich verlangt zu haben, anderntheils dieſe Beſchwerde auch in Anſehung des in gedachter Summe enthaltenen G. Poſtens von 19 Rthlr. 19 ggr. wegen des Klägern nachgelaſſenen Diffeſſionseides der von Beklagten

ad Nr. actor. 29. *ſub Nr.* 1. 2.

beygebrachten Briefe als ungegründet angeſehen werden möchte;

Nächſtdem B) der Widerkläger Leuterung anlangend, 1) derſelben 6
erſte Beſchwerde wegen der ihnen von Zeit der angeſtellten Widerklage allererſt zuerkannten Zinſen des Verzugs daher wegzufallen ſcheinen dürfte, daß ſie nicht beygebracht, daß ſie Klägern durch eine rechtliche Erinnerung in mora geſetzet;

So wie 2) dieſelben ihre zweyte Beſchwerde wegen der verglichenen Unkoſten durch die vorgegebene vorſetzliche Streitſucht des Klägers genugſam gerechtfertiget zu haben vermeinen;

Solchen allen nach daß anders, als geſchehen, erkannt werden ſollen, es das Anſehen gewinnen möchte;

Dennoch aber und dieweil A) was Klägers Leuterung anbetrifft,

I) die von Beklagten vorgeſchützte Ausflucht, daß ſelbige wegen zu 7
ſpät eingebrachter Rechtfertigung für erloſchen zu halten, durch die von Beklagten beygebrachte Ausführung derſelben ſich ſelbſt widerleget, indem aus ſolcher deutlich erhellet, daß Kläger das Decret vom 18. April 1775, wodurch demſelben die gebetene 14 tägige Friſt nach Empfahung deſſen anzurechnen, verſtattet worden, den 1. May 1775 erhalten, und darauf den 15. May, mithin den 14. Tag nach geſchehener Einhändigung, cum dies termini non computetur in terminum,

GEORG. AD. STRUV. *exercit.* 5. *th.* 31.

ſeine Rechtfertigungsſchrift eingebracht;

Hiernächſt II) die Hauptſache anlangend, 1) Klägers erſte Beſchwerde, daß die ſeiner Ehefrau von der Beklagten Erblaſſer am 21. May. 1775 ausgeſtellte Handſchrift weder für eine ächte Schuldverſchreibung zu halten, noch als ein ſonſtiges pactum zu Recht beſtändig, allerdings für gegründet zu achten,

 ange-

8 angeſehen a) es an ſich keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß eine ſo feyerlich ausgeſtellte mit ſo ſtarken Verſicherungen und eidlichen Betheurungen bekräftigte Verſchreibung nach den unter den Juden üblichen Gebräuchen für unwiderruflich verbindlich zu achten, pacta enim dotalia ex antiquiſſima obſeruantia a Rabinis Iudaeorum conſcribi ſolent, quibus fidem tribuunt plenam, quam iudex admittere tenetur, cum etiam in probando multum conſenſui litigantium tribuendum ſit,

BOEHMER *in iur. eccl.*, *lib.* 4. *tit.* 6. §. 61. *in f.*

BECK *de iure Iudaeorum*, *c.* 7. §. 21. *ſq.*

zumalen da einestheils dieſe Beſchaffenheit gedachter Verſchreibung durch das

Nr. actor. 17. *lit. C.*

beygebrachte Gutachten des H. Landrabbiners Ch. vollkommen beſtätiget wird, auch die Gültigkeit dieſes Gutachtens ſo wenig durch den Mangel der eidlichen Beſtärkung, welche bey einem von einer öffentlichen Perſon ausgeſtellten rechtlichen Gutachten unnöthig iſt, als durch die ganz unerheblichen Umſtände, daß der Zahlungstermin nicht richtig angegeben, auch nicht angeführet worden daß das dagegen gemachte Teſtament ein gerichtliches ſey, und nach demſelben die Tochter bereits ihren völligen Erbtheil bekommen haben ſoll, entkräftet werden mag; anderntheils der Beklagten Vorgeben, daß ſolche Verſchreibung unter Juden für ein bloßes nichts bedeutendes Ceremoniel zu halten, ſo wenig durch die verdächtige Verſicherung ihres Schwagers Philipp Salomons, als durch den Umſtand, daß dergleichen den Töchtern gewöhnlich ausgeſtellet wird, im geringſten begründet werden mag; nicht zu gedenken, daß Beklagte von ihrem Vorgeben ſelbſt dadurch abgehen, daß ſie einer ſolchen Verſchreibung auf eine unwahrſcheinliche Art bloß im Fall eines nachher gemachten Glücks eine Kraft beylegen wollen;

9 Auch b) es noch wenigern Zweifel haben mag, daß dieſe Verſchreibung ein nach gemeinen Rechten zu Recht beſtändiges unwiderrufliches Verſprechen in ſich enthalte, indem dieſelbe ohnſtreitig dem Inhalt und der Form nach für ein unwiderrufliches pactum dotale ſucceſſorium zu halten, worinn der Vater ſeiner Tochter bey der Ausſtattung, damit

ſie

ſie durch ſelbige nicht nach ſeinem Tode ganz für abgeſondert geachtet werden möchte, den halben Erbtheil eines Sohnes, oder ſtatt deſſen nach Belieben der Erben 1200 Rthlr. nach ſeinem Abſterben herauszugeben verſchrieben;

Und dasjenige, was gegen die Gültigkeit dieſer Veeſchreibung angeführet worden, nicht von der geringſten Erheblichkeit iſt, ſintemalen α) durch das darinn angegebene Darlehn der Vater natürlich die Abſicht 10
gehabt, ſich und ſeine Erben quaſi ex mutuo auf die kräftigſte und unwiderruflichſte Art zu verbinden, ſo wie es bey den Römern per imaginariam venditionem zu geſchehen pflegte, und noch täglich durch einen Wechſel geſchieht, ohne daß dadurch der Gültigkeit des wirklichen Geſchäffts etwas entgehen mag, cum plus valeat, quod agitur, quam quod ſimulate concipitur,

L. 3., L. 9. C. de contrah. emt. vend.

weniger nicht β) einestheils der Mangel der gerichtlichen Inſinuation Klägern daher nicht entgegen ſteht, weil nicht allein hier keine Schenkung unter Lebendigen, ſondern ein pactum ſucceſſorium, was bekanntermaaßen keiner Inſinuation bedarf, vorhanden iſt, ſondern auch ſelbſt eine bloße Schenkung von 1200 Rthlr. ohne gerichtliche Inſinuation gar wohl beſteht,

FRID. ES. PUFENDORF *Part. I. obſ.* 17.

anderntheils dergleichen pactum ſucceſſorium mit einer ausgeſtatteten Tochter ſo wenig überhaupt, als beſonders bey den Juden, wo dieſe Ausſtattung ſonſt die Kraft der Abſonderung hat, für überflüſſig zu halten;

Einfolglich c) das gegen dieſe Verſchreibung angeführte Teſtament

Nr. actor. 56.

um ſo weniger in Betrachtung kommen kann, je weniger ein zu Recht beſtändiges unwiderruflich errichtetes pactum durch ein Teſtament aufgehoben werden mag;

Dahingegen 2) Klägers zweyte Beſchwerde wegen des ihm in Anſe 11
hung der replicando angebrachten Gegenforderung von 772 Rthlr. 18 ggr. auferlegten Beweiſes aus der Beſchaffenheit des angeſtellten

executiviſchen Proceſſes deſto weniger zu rechtfertigen, da er nicht allein in demſelben dieſe Gegenforderung vorgeſchützet, ſondern ſich auch ſelbſt zum Beweiſe erboten;

Nr. actor. 17. *pag.* 22.

Und 3) die dritte Beſchwerde, wegen der als richtig eingeſtandenen Summe der Widerklage von 369 Rthlr. 7½ ggr., einestheils, in ſo fern von dieſer Summe die der G. vorgeſchoſſenen 19 Rthlr. 19 ggr. abgezogen werden, daher keine Aufmerkſamkeit verdienet, weil Kläger ſelbige ſo weit zureichend eingeräumet,

Nr. actor. 17. *pag.* 21. 23.

mithin ſeinem eigenen Geſtändniß zuwider noch einen Beweis derſelben verlanget, anderntheils aber in Anſehung dieſes G. Poſtens in ſo weit gegründet iſt, daß Klägern gegen den von Beklagten durch Beybringung ſeiner Briefe

ad Nr. actor. 29. *ſub Nr.* 1. 2.

angetretenen Beweis deſſelben ſeine rechtliche Nothdurft binnen Ordnungsfriſt zu verhandeln billig vorbehalten werden müſſen;

12 Sodann B) der Widerkläger Leuterung anlangend 1) dieſelben zwar die Verzugszinſen nicht blos von Zeit der angeſtellten Widerklage, ſondern ſchon von der Zeit an, da ſie Klägern durch eine auſſergerichtliche Erinnerung in mora geſetzet, welches nach deſſelben eigenem Geſtändniß

Nr. actor. 17. *pag.* 21.

den 31. Ian. 1773 geſchehen, bekannten Rechten nach zu fordern berechtiget ſind;

Uebrigens 2) ihre Beſchwerde wegen verglichener Koſten, nachdem ſie in der Hauptklage als ſchuldig vertheilet worden, von ſelbſten wegfällt;

So ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, zu erkennen bewogen worden.

DECI-

DECISIO LXII.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Quemadmodum, vt nimius rigor fatalis termini probatorii temperetur, aequitas exigit; ita praeter leges non convenit eumdem augere; quod fieret admiſſa ſententia ICtorum, qui inſtrumenta in termino probatorio actu non producta indiſtincte pro deſertis habenda cenſent.

II. Teſtis ex vniuerſitate quadam eſt plane inhabilis in cauſſa, quae intereſſe non corporis qua talis, ſed ad ſingula membra eius redundans concernit.

III. Qui ex capite laeſionis reſtitutionis in integrum beneficio gaudet, eodem quoque contra aeque priuilegiatum merito vtitur.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

An inſtrumenta, quae in termino probatorio actu non ſunt producta ſimpliciter pro deſertis ſint declaranda quaeritur et negatur. n. 2. 5. 8 et 9.

An teſtes, qui membra ſunt vniuerſitatis, in cauſſa, ex qua in ſingula membra commodum redundat, qualem qualem fidem faciant, licet non omni exceptione maiorem, praeſertim vbi aliorum copia non habetur et pars aduerſa falvis exceptionibus eos admiſerit, quaeritur. n. 3. et negatur. n. 10.

An reſtitutio in integrum vniuerſitati ruſticorum contra ciuitatem ſit tribuenda quaeritur et adfirmatur. n. 4 et 11.

Licet in termino probatorio adhuc petere editionem documentorum, quorum copiae ſunt productae ſine metu deſertionis eorum declarandae. n. 6.

Iuramenti delatio non locum habet intuitu facti, de cuius veritate ex actis conſtat. n. 7.

Urtheil.

Auf eingewandte Leuterung, deren Proſecution und erfolgte Submiſſion in Sachen des Syndici der Gemeinde zu Nieder, G. Klägers und Leuteranten an einem, wider den Anwald des Stadtraths zu

4) der bisher beobachtete Abzug dieſes quanti jederzeit blos vermöge des gedachten Interimsvergleiches geſchehen, der dadurch von Imploraten um ſo weniger als eine beſtändige Regel hat anerkannt werden mögen, je mehr aus den Acten erhellet, daß er dagegen wiederholte Vorſtellungen gethan;

7. Derowegen auch Imploranten, da ſie keine ſcheinbare Urſache zu dem eingewandten remedio gehabt, mit Erſtattung der Koſten nicht verſchonet werden können;

So ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, zu erkennen bewogen worden.

DECI.

DECISIO LXI.

TEMATA PRINCIPALIA

I. Pactum, quod apud iudaeos Staar dicitur, atque in caſu matrimonii filiarum ab iis ſolet iniri, non nuda caerimonia eſt, neque dicis tantum cauſſa adhibetur.

II. Si parens filiam alicui in matrimonium collocat addito pacto dotali ſucceſſorio, vis huius pacti de iure communi non ab inſinuatione iudiciali pendet, neque teſtamento patris poteſt eneruari.

III. Donatio 1200 Thalerorum ſimplex inter viuos ſine inſinuatione iudiciali, quoniam quingentos ſolidos non excedit, valida eſt.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Dies inſinuationis decreti an imputetur in terminum decreto praefixum quaeritur et negatur. n. 2 et 7.
An pactum iudaeorum, quod Staar dicunt, in elocandis filiabus vſurpatum ſit mera caerimonia quaeritur, et negatur. n. 3 et 8.
Rationes dubitandi contra validitatem pacti, in quo actor in caſu propoſito fundamentum actionis ſuae collocat, ex iure communi deſumtae. n. 4.
Argumenta actoris qua reconuenti contra tenorem ſententiae. n. 5.
Vſurae morae regulariter interpellationem extraiudicialem etiam debitoris requirunt, ab eaque curſus earum initium capit. n. 6 et 12.
In caſu propoſito pactum dotale ſucceſſorium de iure communi validum adeſſe demonſtratur. n. 9.
Et argumenta in contrarium adducta refutantur. n. 10.
Refutatio argumentorum actoris qua reconuenti. n. 11.

Urtheil.

Auf eingewandte Leuterungen, deren Rechtfertigungen und ferneres rechtliche Einbringen in Sachen des Schutzjuden Süsmann Levi G. Klägers und Widerbeklagten auch Leuteranten und reſpe-
ctive

ctive Leuteraten an einem, wider weyland Schutzjuden zu H. Ioſeph W. Erben Feuber Ioſeph und Conſorten, Beklagte und Widerkläger, Leuteraten auch reſpective Leuteranten am andern Theile,

erkennen ꝛc. ꝛc. zum Amte H· verordnete Beamte, nach eingeholtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, für Recht;

1 Nunmehro aus den Acten und der Partheyen Einbringen ſo viel zu befinden, daß bey dem vorigen Urtheil, daß nemlich die von der Beklagten Erblaſſer an Klägers Ehefrau am 21. May 1755 ausgeſtellte Handſchrift weder für eine Schuldverſchreibung zu halten, noch als ein ſonſtiges pactum zu Recht beſtändig ſey, mithin Beklagte von der daraus angeſtellten Klage zu entbinden, es nicht zu laſſen, ſondern vielmehr vorgedachte Handſchrift, des beſchehenen Einwendens ohnerachtet, für gültig und für zu Recht beſtändig zu achten, dannenhero Beklagte Klägern entweder die darinn benannten 1200 Rthlr in Louisd'or zu 5 Rthlr ſammt den Zinſen des Verzugs zu 5 von Hundert, vom Tode ihres Erblaſſers angerechnet, zu bezahlen, oder vermöge derſelben die Halbſchied des einem Sohn aus der väterlichen Erbſchaft, nach Abzug der Bücher und etwaniger Länderey, zukommenden Erbtheils nach einem rechtlichen inuentario, oder, in deſſen Ermangelung, nach einer eidlichen Specification, cum omni cauſſa herauszugeben ſchuldig. Uebrigens iſt es der von beyden Theilen eingewandten Leuterung ohngeachtet bey dem den 5. Dec. 1774 eröffneten actor. Nr. 40. befindlichen Urtheil billig zu laſſen; jedoch mit der Erklärung: daß, was die reconueniendo eingeklagte Hauptſumme von 369 Rthlr. 7½ ggr. anbetrifft, einestheils Widerbeklagtem in Anſehung der darinn begriffenen und von ihm geleugneten 19 Rthlr. 19 ggr. die auf ſeine Anweiſung und Rechnung der G. ausgezahlt ſeyn ſollen, gegen den von Widerklägern durch die actor. Nr. 29. ſub nr. 1. 2. beygebrachte Urkunden angetretenen Beweis binnen Ordnungsfriſt ſeine rechtliche Nothdurft zu verhandeln, vorzubehalten, anderntheils derſelbe die Zinſen des Verzugs vom 31. Ian. 1773 Widerklägern zu bezahlen verbunden. V. R. w.

Entſcheidungsgründe.

2 Obgleich A) was Klägers Leuterung anbetrifft, I) Beklagte in Anſehung der Formalien dieſelbe für erloſchen halten, weil Klägern das Decret

Decret vom 18. Apr. 1775, worinn ihm eine endliche 14 tägige Friſt zur Einbringung ſeiner Rechtfertigung verſtattet worden, vermöge des

Nr. actor. 55.

übergebenen Documents der geſchehenen Einhändigung den 1. May 1775 zugeſtellet ſey, und er hierauf dieſe Rechtfertigung allererſt den 15. May 1775, mithin nach bereits verlaufener Friſt von 14 Tagen, eingebracht;

Nr. actor. 52.

Hiernächſt II.) die Hauptſache anlangend, 1) die erſte Beſchwerde, daß die ſeiner Ehefrau von der Beklagten Erblaſſer am 21. May 1755 ausgeſtellte

Nr. actor. 2. 3.

befindliche Handſchrift weder für eine ächte Schuldverſchreibung zu halten, noch als ein ſonſtiges pactum zu Recht beſtändig, mithin Beklagte von der daraus angeſtellten Klage zu entbinden, nicht ohne Anſchein von Beklagten für gänzlich ungegründet gehalten wird,

ſintemalen a) wenn auch die Geſchäffte der Juden unter einander nach jüdiſchen Gebräuchen zu beurtheilen, dennoch dieſe unter dem Namen eines Staarn bey den Juden bekannte Verſchreibung ſelbſt nach jüdiſchen Gebräuchen unkräftig, und als ein nichts bedeutendes bey Verheirathung der Tochter übliches Ceremoniel anzuſehen, welche, wie Kläger ſelbſt nicht in Abrede ſtellen mögen, 3

Nr. actor. 17. *pag.* 5.

nicht nur von Reichen, ſondern auch von den Aermſten den Töchtern ertheilet würde, jedoch ohne daß dieſe daraus ein Recht erhielten das Verſchriebene zu fordern, falls nicht etwa der Vater nachher ein beſonderes Glück in Vermehrung ſeiner Güter gemacht haben ſollte, auch dieſe Beſchaffenheit ſothaner Verſchreibung durch die

Nr. actor. 9.

gerichtlich geſchehene mündliche Verſicherung des Schwagers der Beklagten Philipp Salomon, der eine gleichlautende Verſchreibung in Händen, zureichend bewieſen, und das von Klägern

Nr. actor. 17. *Lit. C.*

dagegen beygebrachte Zeugniß des H. Landrabbiners Ch. um ſo weniger eine Aufmerkſamkeit verdiene, da ſolches nicht allein auſſergerichtlich und ohne Eid, ſondern auch auf eine unrichtige Angabe des Zahlungstermins und unter Verſchweigung des Umſtandes, daß das dagegen gemachte Teſtament ein gerichtliches ſey und nach demſelben die Tochter bereits ihren völligen Erbtheil bekommen, ertheilet worden,

4 hiernächſt b) noch weniger nach gemeinen Rechten dieſe Verſchreibung für zu Recht beſtändig zu achten, anerwogen α) das darinn angegebene Darlehn nach Klägers eigenem Geſtändniß bloß ſimulirt, mithin dieſer Staar als eine über ein erhaltenes Darlehn ausgeſtellte Schuldverſchreibung bekannten Rechten nach null und nichtig ſey,

L. 54. D. de obligat. et act.

weniger nicht β) auch kein anderes zu Recht beſtändiges pactum in dieſer Verſchreibung enthalten, indem ſelbige ſo wenig für eine Schenkung unter Lebendigen wegen Ermangelung der gebührenden Inſinuation, als für ein pactum ſucceſſorium zu halten, da ſolches bey einer Tochter überflüſſig, und allen Töchtern der Juden dergleichen Verſchreibung ausgeſtellet werde,

dannenhero c) ſelbige allenfalls als eine bloße väterliche Verfügung unter Kindern zu betrachten, welche durch das vom Vater dagegen errichtete gerichtliche Teſtament,

Nr. actor. 56.

gar wohl habe aufgehoben werden können;

5 Dahingegen 2) die zweyte Beſchwerde wegen des den Klägern auferlegten Beweiſes der in ſeiner Replikſchrift

Nr. actor. 17. pag. 22.

angebrachten und abgeleugneten Gegenforderung von 772 Rthlr. 18 ggr. von Klägern daher für gegründet gehalten wird, weil er vor geendigtem executiviſchen Proceß dieſen Beweis zu führen nicht verbunden;

Und 3) die dritte Beſchwerde wegen der als richtig eingeſtandenen Summe der Widerklage von 369 Rthlr. 7½ ggr., einestheils von Klägern dadurch begründet werden will, daß er anführet, in ſeiner Replikſchrift

Nr. actor. 17. pag. 23.

den

den Beweis der Richtigkeit derſelben von Widerbeklagten ausdrücklich verlangt zu haben, anderntheils dieſe Beſchwerde auch in Anſehung des in gedachter Summe enthaltenen G. Poſtens von 19 Rthlr. 19 ggr. wegen des Klägern nachgelaſſenen Diffeſſionseides der von Beklagten

ad Nr. actor. 29. *ſub Nr.* 1. 2.

beygebrachten Briefe als ungegründet angeſehen werden möchte;

Nächſtdem B) der Widerkläger Leuterung anlangend, 1) derſelben 6
erſte Beſchwerde wegen der ihnen von Zeit der angeſtellten Widerklage allererſt zuerkannten Zinſen des Verzugs daher wegzufallen ſcheinen dürfte, daß ſie nicht beygebracht, daß ſie Klägern durch eine rechtliche Erinnerung in mora geſetzet;

So wie 2) dieſelben ihre zweyte Beſchwerde wegen der verglichenen Unkoſten durch die vorgegebene vorſetzliche Streitſucht des Klägers genugſam gerechtfertiget zu haben vermeinen;

Solchen allen nach daß anders, als geſchehen, erkannt werden ſollen, es das Anſehen gewinnen möchte;

Dennoch aber und dieweil A) was Klägers Leuterung anbetrifft,

I) die von Beklagten vorgeſchützte Ausflucht, daß ſelbige wegen zu 7
ſpät eingebrachter Rechtfertigung für erloſchen zu halten, durch die von Beklagten beygebrachte Ausführung derſelben ſich ſelbſt widerleget, indem aus ſolcher deutlich erhellet, daß Kläger das Decret vom 18. April 1775, wodurch demſelben die gebetene 14 tägige Friſt nach Empfahung deſſen anzurechnen, verſtattet worden, den 1. May 1775 erhalten, und darauf den 15. May, mithin den 14. Tag nach geſchehener Einhändigung, cum dies termini non computetur in terminum,

GEORG. AD. STRVV. *exercit.* 5. *th.* 31.

ſeine Rechtfertigungsſchrift eingebracht;

Hiernächſt II) die Hauptſache anlangend, 1) Klägers erſte Beſchwerde, daß die ſeiner Ehefrau von der Beklagten Erblaſſer am 21. May. 1775 ausgeſtellte Handſchrift weder für eine ächte Schuldverſchreibung zu halten, noch als ein ſonſtiges pactum zu Recht beſtändig, allerdings für gegründet zu achten,

8 angeſehen a) es an ſich keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß eine ſo feyerlich ausgeſtellte mit ſo ſtarken Verſicherungen und eidlichen Betheurungen bekräftigte Verſchreibung nach den unter den Juden üblichen Gebräuchen für unwiderruflich verbindlich zu achten, pacta enim dotalia ex antiquiſſima obſeruantia a Rabinis Iudaeorum conſcribi ſolent, quibus fidem tribuunt plenam, quam iudex admittere tenetur, cum etiam in probando multum conſenſui litigantium tribuendum ſit,

BOEHMER *in iur. eccl.*, *lib.* 4. *tit.* 6. §. 61. *in f.*

BECK *de iure Iudaeorum*, *c.* 7. §. 21. *ſq.*

zumalen da einestheils dieſe Beſchaffenheit gedachter Verſchreibung durch das

Nr. actor. 17. *lit. C.*

beygebrachte Gutachten des H. Landrabbiners Ch. vollkommen beſtätiget wird, auch die Gültigkeit dieſes Gutachtens ſo wenig durch den Mangel der eidlichen Beſtärkung, welche bey einem von einer öffentlichen Perſon ausgeſtellten rechtlichen Gutachten unnöthig iſt, als durch die ganz unerheblichen Umſtände, daß der Zahlungstermin nicht richtig angegeben, auch nicht angeführet worden daß das dagegen gemachte Teſtament ein gerichtliches ſey, und nach demſelben die Tochter bereits ihren völligen Erbtheil bekommen haben ſoll, entkräftet werden mag; anderntheils der Beklagten Vorgeben, daß ſolche Verſchreibung unter Juden für ein bloßes nichts bedeutendes Ceremoniel zu halten, ſo wenig durch die verdächtige Verſicherung ihres Schwagers Philipp Salomons, als durch den Umſtand, daß dergleichen den Töchtern gewöhnlich ausgeſtellet wird, im geringſten begründet werden mag; nicht zu gedenken, daß Beklagte von ihrem Vorgeben ſelbſt dadurch abgehen, daß ſie einer ſolchen Verſchreibung auf eine unwahrſcheinliche Art bloß im Fall eines nachher gemachten Glücks eine Kraft beylegen wollen;

9 Auch b) es noch wenigern Zweifel haben mag, daß dieſe Verſchreibung ein nach gemeinen Rechten zu Recht beſtändiges unwiderrufliches Verſprechen in ſich enthalte, indem dieſelbe ohnſtreitig dem Inhalt und der Form nach für ein unwiderrufliches pactum dotale ſucceſſorium zu halten, worinn der Vater ſeiner Tochter bey der Ausſtattung, damit

ſie

ſie durch ſelbige nicht nach ſeinem Tode ganz für abgeſondert geachtet werden möchte, den halben Erbtheil eines Sohnes, oder ſtatt deſſen nach Belieben der Erben 1200 Rthlr. nach ſeinem Abſterben herauszugeben verſchrieben;

Und dasjenige, was gegen die Gültigkeit dieſer Veeſchreibung angeführet worden, nicht von der geringſten Erheblichkeit iſt, ſintemalen
α) durch das darinn angegebene Darlehn der Vater natürlich die Abſicht 10
gehabt, ſich und ſeine Erben quaſi ex mutuo auf die kräftigſte und unwiderruflichſte Art zu verbinden, ſo wie es bey den Römern per imaginariam venditionem zu geſchehen pflegte, und noch täglich durch einen Wechſel geſchieht, ohne daß dadurch der Gültigkeit des wirklichen Geſchäffts etwas entgehen mag, cum plus valeat, quod agitur, quam quod ſimulate concipitur,

L. 3., *L.* 9. *C. de contrah. emt. vend.*

weniger nicht β) einestheils der Mangel der gerichtlichen Inſinuation Klägern daher nicht entgegen ſteht, weil nicht allein hier keine Schenkung unter Lebendigen, ſondern ein pactum ſucceſſiorium, was bekanntermaaßen keiner Inſinuation bedarf, vorhanden iſt, ſondern auch ſelbſt eine bloße Schenkung von 1200 Rthlr. ohne gerichtliche Inſinuation gar wohl beſtehe,

FRID. ES. PVFENDORF *Part.* I. *obſ.* 17.

anderntheils dergleichen pactum ſucceſſorium mit einer ausgeſtatteten Tochter ſo wenig überhaupt, als beſonders bey den Juden, wo dieſe Ausſtattung ſonſt die Kraft der Abſonderung hat, für überflüſſig zu halten;

Einfolglich c) das gegen dieſe Verſchreibung angeführte Teſtament

Nr. actor. 56.

um ſo weniger in Betrachtung kommen kann, je weniger ein zu Recht beſtändiges unwiderruflich errichtetes pactum durch ein Teſtament aufgehoben werden mag;

Dahingegen 2) Klägers zweyte Beſchwerde wegen des ihm in Anſe 11
hung der replicando angebrachten Gegenforderung von 772 Rthlr. 18 ggr. auferlegten Beweiſes aus der Beſchaffenheit des angeſtellten

 execu-

8 angeſehen a) es an ſich keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß eine ſo feyerlich ausgeſtellte mit ſo ſtarken Verſicherungen und eidlichen Betheurungen bekräftigte Verſchreibung nach den unter den Juden üblichen Gebräuchen für unwiderruflich verbindlich zu achten, pacta enim dotalia ex antiquiſſima obſeruantia a Rabinis Iudaeorum conſcribi ſolent, quibus fidem tribuunt plenam, quam iudex admittere tenetur, cum etiam in probando multum conſenſui litigantium tribuendum ſit,

BOEHMER *in iur. eccl.*, *lib.* 4. *tit.* 6. §. 61. *in f.*

BECK *de iure Iudaeorum*, *c.* 7. §. 21. *ſq.*

zumalen da einestheils dieſe Beſchaffenheit gedachter Verſchreibung durch das

Nr. actor. 17. *lit. C.*

beygebrachte Gutachten des H. Landrabbiners Ch. vollkommen beſtätiget wird, auch die Gültigkeit dieſes Gutachtens ſo wenig durch den Mangel der eidlichen Beſtärkung, welche bey einem von einer öffentlichen Perſon ausgeſtellten rechtlichen Gutachten unnöthig iſt, als durch die ganz unerheblichen Umſtände, daß der Zahlungstermin nicht richtig angegeben, auch nicht angeführet worden, daß das dagegen gemachte Teſtament ein gerichtliches ſey, und nach demſelben die Tochter bereits ihren völligen Erbtheil bekommen haben ſoll, entkräftet werden mag; anderntheils der Beklagten Vorgeben, daß ſolche Verſchreibung unter Juden für ein bloßes nichts bedeutendes Ceremoniel zu halten, ſo wenig durch die verdächtige Verſicherung ihres Schwagers Philipp Salomons, als durch den Umſtand, daß dergleichen den Töchtern gewöhnlich ausgeſtellet wird, im geringſten begründet werden mag; nicht zu gedenken, daß Beklagte von ihrem Vorgeben ſelbſt dadurch abgehen, daß ſie einer ſolchen Verſchreibung auf eine unwahrſcheinliche Art bloß im Fall eines nachher gemachten Glücks eine Kraft beylegen wollen;

9 Auch b) es noch wenigern Zweifel haben mag, daß dieſe Verſchreibung ein nach gemeinen Rechten zu Recht beſtändiges unwiderrufliches Verſprechen in ſich enthalte, indem dieſelbe ohnſtreitig dem Inhalt und der Form nach für ein unwiderrufliches pactum dotale ſucceſſorium zu halten, worinn der Vater ſeiner Tochter bey der Ausſtattung, damit

ſie

ſie durch ſelbige nicht nach ſeinem Tode ganz für abgeſondert geachtet werden möchte, den halben Erbtheil eines Sohnes, oder ſtatt deſſen nach Belieben der Erben 1200 Rthlr. nach ſeinem Abſterben herauszugeben verſchrieben;

Und dasjenige, was gegen die Gültigkeit dieſer Verſchreibung angeführet worden, nicht von der geringſten Erheblichkeit iſt, ſintemalen α) durch das darinn angegebene Darlehn der Vater natürlich die Abſicht 10
gehabt, ſich und ſeine Erben quaſi ex mutuo auf die kräftigſte und unwiderruflichſte Art zu verbinden, ſo wie es bey den Römern per imaginariam venditionem zu geſchehen pflegte, und noch täglich durch einen Wechſel geſchiehet, ohne daß dadurch der Gültigkeit des wirklichen Geſchäffts etwas entgehen mag, cum plus valeat, quod agitur, quam quod ſimulate concipitur,

L. 3., L. 9. C. de contrah. emt. vend.

weniger nicht β) einestheils der Mangel der gerichtlichen Inſinuation Klägern daher nicht entgegen ſteht, weil nicht allein hier keine Schenkung unter Lebendigen, ſondern ein pactum ſucceſſorium, was bekanntermaaßen keiner Inſinuation bedarf, vorhanden iſt, ſondern auch ſelbſt eine bloße Schenkung von 1200 Rthlr. ohne gerichtliche Inſinuation gar wohl beſtehet,

FRID. ES. PVFENDORF *Part. 1. obſ. 17.*

anderntheils dergleichen pactum ſucceſſorium mit einer ausgeſtatteten Tochter ſo wenig überhaupt, als beſonders bey den Juden, wo dieſe Ausſtattung ſonſt die Kraft der Abſonderung hat, für überflüſſig zu halten;

Einfolglich c) das gegen dieſe Verſchreibung angeführte Teſtament

Nr. actor. 56.

um ſo weniger in Betrachtung kommen kann, je weniger ein zu Recht beſtändiges unwiderruflich errichtetes pactum durch ein Teſtament aufgehoben werden mag;

Dahingegen 2) Klägers zweyte Beſchwerde wegen des ihm in Anſe 11
hung der replicando angebrachten Gegenforderung von 772 Rthlr. 18 ggr. auferlegten Beweiſes aus der Beſchaffenheit des angeſtellten

executiviſchen Proceſſes deſto weniger zu rechtfertigen, da er nicht allein in demſelben dieſe Gegenforderung vorgeſchützet, ſondern ſich auch ſelbſt zum Beweiſe erboten;

Nr. actor. 17. *pag.* 22.

Und 3) die dritte Beſchwerde, wegen der als richtig eingeſtandenen Summe der Widerklage von 369 Rthlr. 7½ ggr., einestheils, in ſo fern von dieſer Summe die der G. vorgeſchoſſenen 19 Rthlr. 19 ggr. abgezogen werden, daher keine Aufmerkſamkeit verdienet, weil Kläger ſelbige ſo weit zureichend eingeräumet,

Nr. actor. 17. *pag.* 21. 23.

mithin ſeinem eigenen Geſtändniß zuwider noch einen Beweis derſelben verlanget, anderntheils aber in Anſehung dieſes G. Poſtens in ſo weit gegründet iſt, daß Klägern gegen den von Beklagten durch Beybringung ſeiner Briefe

ad Nr. actor. 29. *ſub Nr.* 1. 2.

angetretenen Beweis deſſelben ſeine rechtliche Nothdurft binnen Ordnungsfriſt zu verhandeln billig vorbehalten werden müſſen;

12 Sodann B) der Widerkläger Leuterung anlangend 1) dieſelben zwar die Verzugszinſen nicht blos von Zeit der angeſtellten Widerklage, ſondern ſchon von der Zeit an, da ſie Klägern durch eine auſſergerichtliche Erinnerung in mora geſetzet, welches nach deſſelben eigenem Geſtändniß

Nr. actor. 17. *pag.* 21.

den 31. Ian. 1773 geſchehen, bekannten Rechten nach zu fordern berechtiget ſind;

Uebrigens 2) ihre Beſchwerde wegen verglichener Koſten, nachdem ſie in der Hauptklage als ſchuldig vertheilet worden, von ſelbſten wegfällt;

So ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, zu erkennen bewogen worden.

DECISIO LXII.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Quemadmodum, vt nimius rigor fatalis termini probatorii temperetur, aequitas exigit; ita praeter leges non convenit eumdem augere; quod fieret admiſſa ſententia ICtorum, qui inſtrumenta in termino probatorio actu non producta indiſtincte pro deſertis habenda cenſent.

II. Teſtis ex vniuerſitate quadam eſt plane inhabilis in cauſſa, quae intereſſe non corporis qua talis, ſed ad ſingula membra eius redundans concernit.

III. Qui ex capite laeſionis reſtitutionis in integrum beneficio gaudet, eodem quoque contra aeque priuilegiatum merito vtitur.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

An inſtrumenta, quae in termino probatorio actu non ſunt producta ſimpliciter pro deſertis ſint declaranda quaeritur et negatur. n. 2. 5. 8 et 9.

An teſtes, qui membra ſunt vniuerſitatis, in cauſſa, ex qua in ſingula membra commodum redundat, qualem qualem fidem faciant, licet non omni exceptione maiorem, praeſertim vbi aliorum copia non habetur et pars aduerſa ſaluis exceptionibus eos admiſerit, quaeritur. n. 3. et negatur. n. 10.

An reſtitutio in integrum vniuerſitati ruſticorum contra ciuitatem ſit tribuenda quaeritur et adfirmatur. n. 4 et 11.

Licet in termino probatorio adhuc petere editionem documentorum, quorum copiae ſunt productae ſine metu deſertionis eorum declarandae. n. 6.

Iuramenti delatio non locum habet intuitu facti, de cuius veritate ex actis conſtat. n. 7.

Urtheil.

Auf eingewandte Leuterung, deren Proſecution und erfolgte Submiſſion in Sachen des Syndici der Gemeinde zu Nieder, G. Klägers und Leuteranten an einem, wider den Anwald des Stadtraths zu

zu W. Beklagten und Leuteraten am andern Theile, ſo Ew. ꝛc. ꝛc. in den diesfalls und vorhin ergangenen Acten in fünf unterſchiedenen Voluminibus uns zufertigen laſſen, und darüber unſere rechtliche Meinung gnädigſt begehret,

erkennen wir nach fleißiger derſelben Verleſung und gepflogener Erwägung für Recht:

1 Daß es der eingewandten Leuterung ohngeachtet bey dem unterm 8. Sept. 1774. eröffneten und fol. 258. ſqq. Vol. IV. enthaltenen Urtheil billig zu laſſen; jedoch mit der Erklärung, daß Kläger gegen die verlorne Production der Zeugen in vorigen Stand zu ſetzen, und an ſtatt der verworfenen Zeugen andere binnen Sächſiſcher Friſt zu benennen ihm nachzulaſſen. Von Rechts wegen.

Entſcheidungsgründe.

Obwohl einestheils Kläger durch das

actor. Vol. IV. fol. 258. *ſqq.*

befindliche Urtheil beſchwert zu ſeyn glaubet, und zu behaupten ſucht,
2 1) daß er zu der ihm auferlegten Recognition der

actor. Vol. III. fol. 22. *ſqq.*

zum Beweis angegebenen Urkunden ſub Nr. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 11. 12. nicht verbunden, indem Beklagte an deren Production ſich verſäumet, weil deren Anwald dieſelben nicht in ipſo termino originaliter gebührend produciret, ſondern in Anſehung der Urkunden ſub Nr. 11. 12. in termino von Fürſtlicher Regierung ſich erſt die Edition der Originalien ausgebeten,

actor. Vol. III. fol. 59.

und in Anſehung der Urkunden ſub Nr. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. allererſt den folgenden Tag, nachdem klagender Syndicus bereits ſeinen Exceptionsſatz ad acta gegeben, und darinn die exceptionem deſertorum inſtrumentorum urgiret, erſchienen, und ſolche zur Recognition vorlegen wollen, da nach einer gemeinen Meinung der Sächſiſchen Rechtsgelehrten der Productionstermin in Anſehung der Originalien für peremtoriſch zu halten,

SVENDENDOERFFER *Proc. Fibig.*, *Part.* 1. *cap.* 2. §. 16. *pag.* 674.

MAR-

MARTINI *comment. in proc. Tit.* 24. §. 2. *n.* 4.

Und 2) daß die drey producirten Gegenbeweiszeugen nicht als gänzlich unzuläſſig zum Zeugniß zu achten, immaaßen a) wenn ſie gleich ſämmtlich Glieder der klagenden Gemeinde ſind, dieſer Umſtand ſie dennoch im gegenwärtigen Fall um ſo weniger ganz verwerflich machen könnte, da nicht nur der gegenwärtige Rechtsſtreit das Corps der Gemeinde und die Flurgränzen beträfe, in welchen Fällen auch Glieder der Gemeinde zum Zeugniß zugelaſſen würden, 3

HAHN *ad* WESENBEC. *Tit. de teſt. Nr.* 3. *in fine*

ſondern auch faſt keine andere Zeugen vorhanden, welche von der Wahrheit der Sache ſo genaue Wiſſenſchaft haben könnten, auch beklagter Stadtrath nicht nur in ſeinem Hauptbeweiſe Glieder dieſer Gemeinde, beſonders ſelbſt den Zeugen Georg Heinrich B., als Beweiszeugen produciret,

actor. Vol. III. fol. 19. *b.*

ſondern auch bereits in termino reproductionis in die Vereidigung und Abhörung dieſer Zeugen mit Vorbehalt der Einreden gewilliget,

actor. Vol. IV. fol. 100 *b. ſq.*

und b) der beſonders dem Zeugen Georg Heinrich B. entgegen geſetzte Umſtand, daß er ſich ſelbſt zum Zeugniß gedrungen, denſelben nicht verdächtig machen möchte, da ſolches von ihm aus einem bäueriſchen Unverſtande geſchehen, und dieſer Zeuge im Syndicat auch nicht enthalten,

actor. Vol. I. fol. 61.

mithin aus dem von den L. Urtheilfaſſern angeführten Grunde nicht für verwerflich zu halten;

anderntheils die von klagender Gemeinde wegen der verworfenen Gegenbeweiszeugen auf allen Fall geſuchte Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zum Behuf der Production anderweitiger Zeugen deshalb für zuläſſig nicht gehalten werden möchte, weil, wenn auch einer Dorfgemeinde die Wohlthat der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zuſtände, ſo gleichwohl in Rechten nirgends verordnet zu finden, dennoch ſelbige gegen eine Stadt, der dieſes Recht in Geſetzen namentlich 4

verſtatet worden, als gegen eine gleich privilegiirte Perſon ſich deren zu bedienen nicht berechtiget zu ſeyn ſcheinet;

Dennoch aber und dieweil erſtlich die angebrachte Leuterungsbeſchwerden für gegründet nicht zu halten,

5 anerwogen 1) Kläger von der Recognition der in Frage ſtehenden Beweisurkunden ſich durch die Ausflucht, daß ſelbige wegen der im Termin nicht geſchehener Production der Originalien für deſert zu hal-
6 ten, keinesweges befreyen mag, da a) was die Urkunden ſub Nr. 11. 12. anbetrifft, Beklagtens Anwald deren Originalien zur Zeit des Productionstermins noch nicht in Händen gehabt, und in dieſem Termin deren Edition gebührend geſuchet, welches bekanntermaaßen nach Sächſiſchen Rechten noch im Productionstermin mit Beſtande geſchehen mag, ohne daß daher den copeylich angegebenen Urkunden die Einrede der Deſertion entgegen ſteht,

CARPZOV. *in proc, Tit.* 14. *art.* 4. *n.* 15. *ſqq.*

SVENDENDOERFFER *in proc., Fibig., loc. cit. pag.* 705.

GRIEBNER *in princ. proceſſ., lib.* 1. *cap.* 3. *ſect.* 4. §. 1. *tit. a.*

BERGER *in Elect. diſceptat. forenſ., tit.* 26. *obſ.* 2. *pag.* 783. *ſq.*

und b) die Urkunden ſub Nr. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. anlangend, α) das Marginalatteſtat

actor. Vol. III. fol. 61 *b.*

hinreichend beweiſet, daß Beklagtens Anwald im Productionstermin deren Originalien wirklich bey ſich gehabt, und ſolche realiter produciret, mithin als imparatus nicht erſchienen, von welchem allein die Sächſiſchen Rechtsgelehrten behaupten, daß deſſelben Beweis in ſo fern für verloren zu halten,

RIVIN. *in Enunc. iur. ad tit.* 24. *n.* 7.

7 weswegen die vom leuterantiſchen Syndico dem Anwald des Beklagten darüber geſchehene Eidesdelation

actor. Vol. V. fol. 43.

als unſtatthaft anzuſehen,

arg. c. 2. *X. de probat.*

ferner β) Beklagten, Stadtrath, nicht ſchaden kann, daß deſſen An- 8
wald dieſe Originalurkunden nicht in der Verſetzſtube gelaſſen, ſondern
beym Weggehen mitgenommen, weil einestheils ſolches in Rechten
zur Form der Production nicht vorgeſchrieben, anderntheils gedachter
Anwald nicht allein den Nachmittag darauf, ſondern auch gleich den
folgenden Tag zur Fortſetzung der Production erſchienen, nachdem kla-
gender Syndicus demſelben alsdann auf die Verſetzſtube zu kommen
verſprochen,

actor. Vol. III. fol. 76 *b.*

und γ) wenn auch von Seiten des beklagten Stadtraths bey der wirk- 9
lichen Production der Originalien im Termin etwas verſehen worden,
wie doch jetzt nicht geſchehen, dennoch in Sächſiſchen Landen kein Geſetz
die Production der Originalurkunden im Productionstermin bey Strafe
des Verluſtes derſelben ausdrücklich befohlen, und dieſe Meinung der
Sächſiſchen Rechtsgelehrten nach deren eigenem Geſtändniß ſich auf eine
bloße vorgegebene Gewohnheit gründet, weswegen nicht allein

CARPZOV *in iurispr. for.*, *Part.* I. *conſtit.* 17. *def.* 11. *n.* 2.

das Gegentheil behauptet, ſondern auch

BERGER *in elect. diſcept. for. tit.* 24. *obſ.* 2. *pag.* 739.

erinnert, vt iudex in eos, qui terminum productionis minus attende-
rint, non iuſto rigidiorem, atque in excuſationum cauſis, ſi quas pars
propoſuerit, admittendis, non duriorem ac difficiliorum ſeſe praebeat,
welche Billigkeit in gegenwärtiger Rechtsſache um ſo mehr würde ein-
treten müſſen, da der Stadt bekannten Rechten nach das beneficium
der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand nicht verſaget werden könnte;

Sodann 2) die von klagender Gemeinde im Gegenbeweiſe producir- 10
ten drey Zeugen nicht von der Beſchaffenheit ſind, daß ſie den Rechten
nach zum Zeugniß zuzulaſſen,

indem a) ſämmtliche Zeugen Glieder der klagenden Gemeinde ſind,
und der gegenwärtige Rechtsſtreit nicht das Corps der Gemeinde, als
Corps, und die bloßen Flurgränzen, ſondern die Schuldigkeit aller
einzelnen Glieder, bey Acquiſition eines Grundſtücks in der W. Flur
das Bürgerrecht zu löſen, betrifft, worinn dieſe Zeugen alſo Zeugen

 in

in ihrer eigenen Sache ſeyn würden, welche bekannten Rechten nach zum Zeugniß nicht zuzulaſſen

L. 10. D. et C. de teſtibus.

CARPZOV. *in iurispr. for. Part.* I. *conſtit.* 16. *def.* 65. *n.* 5. *ſqq.*

LEYSER *ſpec.* 283. *med.* 9.

b) das beſondere intereſſe, ſo die Zeugen bey gegenwärtiger Sache haben, auch daraus erhellet, daß Zeuge Iohann Bernhard N., und Zeuge Georg Heinrich B. vermöge des

actor. Vol. IV. fol. 186. *ſq.*

befindlichen Extracts in der in Frage ſtehenden Flur Grundſtücke acquirirt haben, mithin ſich in dem Fall befinden, das Bürgerrecht bezahlen zu müſſen, c) überdas Zeuge Iohann Tobias L. und Iohann Bernhard N. in dem

actor. Vol. I. fol. 59. *ſqq.*

enthaltenen Syndicat namentlich als Syndici der klagenden Gemeinde begriffen, und d) Zeuge Georg Heinrich B. ſich noch dadurch beſonders verdächtig gemacht, daß er nach klagenden Syndici eigenem Geſtändniß

actor. Vol. IV. fol. 88 *b.*

zum Zeugniß ſich ſelbſt gedrungen, auch e) dieſe Gründe der Untüchtigkeit dieſer Zeugen dadurch nicht entkräftet werden mögen, daß beklagter Stadtrath einestheils in ſeinem Hauptbeweiſe ſelbſt Glieder der klagenden Gemeinde und beſonders den Georg Heinrich B. als Zeugen produciret, anderntheils in die Vereidigung und Abhörung dieſer Zeugen mit Vorbehalt der Einreden im Reproductionstermin gewilliget, indem erſteres den angegebenen Zeugen nur, in ſo fern ſie vom Stadtrath produciret worden, gegen denſelben eine Glaubwürdigkeit ertheilen, und letzteres wegen des Vorbehalts der Einreden das Recht die Zeugen für gänzlich untüchtig zu erklären nicht ausſchließen mag;

11 Dahergegen zweytens die vom Syndico klagender Gemeinde wegen dieſer verworfenen Gegenbeweiszeugen auf allen Fall geſuchte Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zum Behuf der Production anderweitiger Zeugen anbetreffend, einestheils vermöge eines eingeführten Ge-

richts-

richtsbrauchs ſelbige einer Gemeinde überhaupt, mithin auch der klagenden Dorfſchaft zuſtehet,

VOET. *ad Pand.*, *tit. de minor.* §. 55.

LEYSER *ſpec.* 61. *med.* 1.

anderntheils da klagende Gemeinde ſich derſelben zur Abwendung des Verluſtes ihres Beweiſes bedienen will, ſelbige auch derſelben gegen einen Gegner, dem ſolches Recht gleichfalls zuſteht, den Rechten nach nicht verſaget werden mag;

SAM. STRYK *in Diſſ. de iure priuileg. contra priuileg.*, *cap.* 4. *n.* 33.

So ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, zu erkennen bewogen worden.

CONSILIVM LXIII.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Stuprata, quae Primum partus ſui patrem eſſe adfirmauit, ideo non impeditur actionem inſtituere contra Secundum, quem verum patrem eſſe iam adſerit, ſpeque, quae ipſam fefellit, lucri antea non nominauit.

II. Vxor inuita non debet cogi ad teſtimonium contra maritum perhibendum.

III. Teſtis vnicus in cauſſa controuerſa non eſt reiiciendus, ſi quidem locum facere poteſt eius depoſitio iuriiurando pro re nata vel ſuppletorio vel purgatorio.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio prima. n. 2.
Confeſſio extraiudicialis quibusdam ICtis plene probare, praeſertim ſi repetita eſt, videtur. n. 3.
Sed rectius ab aliis negatur, niſi eiusmodi circumſtantiae concurrunt, ex quibus eam et ſeriam eſſe et ſinceram ſatis paret. n. 4.
Exceptio plurium ſtupratorum ſi probata datur ab obligatione quidem dotandi, ſed non a neceſſitate praeſtandorum infanti alimentorum liberat. n. 5.
Mendacium ſimplex non ſtatim efficit, vt quis de periurio ſuſpectus debeat haberi. n. 6.
Deciſio quaeſtionis primae. n. 7.
Quaeſtio ſecunda. n. 8.
Teſtes in regula ad dicendum teſtimonium etiam inuiti tenentur, et ad illud cogi poſſunt. n. 9.
Sed ab hac regula iure excipitur vxor, cui teſtimonium contra maritum perhibendum denuntiatur. n. 10.
Deciſio quaeſtionis ſecundae. n. 11.
Quaeſtio tertia. n. 12.
Teſtis vnus an nullus teſtis abſolute dici poſſit, quaeritur, et negatur. n. 13. et 16.
Violenta ſtupri praeſumtio adeſt, ſi quis in eodem lecto cum femina eſt deprehenſus. n. 14.
Qui ſemel ſtuprum commiſit cum femina, illud data occaſione praeſumitur iteraſſe. n. 15.
Deciſio quaeſtionis tertiae. n. 17.

Als uns eine Geſchichtserzählung nebſt einigen mit beygefügten Fragen zugeſandt, und wir darüber unſer in Rechten gegründetes Gutachten zu ertheilen gebeten worden;

Dennoch erachten wir nach fleißiger deren Verleſung und gemeinſchaftlich gepflogener Erwegung den Rechten gemäß zu ſeyn:

Hat Eliſabeth B. ſich während ihres Dienſtes bey dem Commiß- 1
becker E. ſchwängern laſſen, und darauf ſowohl gegen ihre Ver-
wandte als ſonſt gegen andere Perſonen zu wiederholtenmalen den
mit ihr dienenden Lehrburſchen Eberhard E. freywillig zum Vater an-
gegeben, auch ſogar deſſen Eltern deshalb beſchicket, nichts deſto
weniger aber nachher gegen ihren geweſenen Brodherrn als angeblichen
Schwängerer Klage erhoben. Nachdem dieſer ſowohl den Beyſchlaf
als die Schwängerung geleugnet; hat Klägerin den Beweis des Bey-
ſchlafs durch zwey Zeuginnen, unter welchen Beklagtens Ehefrau iſt,
und von welchen jede über beſondere Artikel vernommen werden ſollen,
zu führen und dadurch zum Erfüllungseide zu gelangen geſucht. Und
obgleich Beklagter gegen die Zuläßigkeit dieſes angetretenen Beweiſes
Vorſtellung gethan; hat der Magiſtrat zu V. denſelben dennoch ange-
nommen, auch die dagegen eingewandte Leuterung verworfen; und ent-
ſtehen daher nachſtehende Fragen:

Erſte Frage:

Ob nicht wegen der Klägerin oftmaligen ſelbſt nicht abgeleugne- 2
ten Geſtändniſſes eines andern Vaters ſie mit ihrer Klage gänz-
lich abzuweiſen, und wenigſtens eines Meineides ſo verdächtig,
daß ſie gar nicht in dieſer Sache zum Eide gelaſſen werden könne?

Ob nun wohl Klägerin in ihrer Replicſchrift

Nr. actor. 4.

eingeſtehet, daß ſie zu wiederholtenmalen ſowohl gegen ihre Verwandte
als gegen andere benannte Perſonen eingeſtanden, daß der mit ihr die-
nende Lehrburſche Eberhard E. ſie geſchwängert, und Vater ihres unehe-
lichen Kindes ſey, und ein ſolches auſſergerichtliches Geſtändniß nach der 3
Meinung bewährter Rechtslehrer ſowohl überhaupt

WOLFG. AD. LAVTERBACH *Diſſ. de confeſſ.* §. 45.

als beſonders wenn es, wie im gegenwärtigen Fall, wiederholet worden,

ANT. PEREZ *ad Cod., Tit. de confeſſ. n.* 16. *ſqq.*

BENED. CARPZOV *Part.* I. *conſt.* 16. *def.* 21.

die Kraft eines vollkommenen Beweiſes haben ſoll, mithin daher, daß Beklagtens behauptete Unſchuld auſſer allen Zweifel geſetzt, und daß Klägerin durch ihr jetziges Vorgeben, daß ſie damals die Unwahrheit geſaget, ſich jetzt einer Unwahrheit und eines zu begehenden Meineides höchſtverdächtig gemacht,

c. 8. *de reg. iur. in* 6.

es das Anſehen gewinnen möchte;

4 Dennoch aber und dieweil 1) zur Gültigkeit eines auſſergerichtlichen Geſtändniſſes unumgänglich erfordert wird, daß ſelbiges ernſtlich und unter ſolchen Umſtänden geſchehen, wo man keine Urſache hat, an der Aufrichtigkeit des Geſtehenden zu zweifeln,

IVST. HENN. BOEHMER *ad Dig., Tit. de confeſſis* §. 10.

dieſe Eigenſchaft aber nicht allein bey dem Geſtändniß einer geſchwängerten Perſon, wer Vater ihres Kindes ſey, überhaupt nicht wohl zu vermuthen, ſondern auch beſonders im gegenwärtigen Fall daher wegfällt, daß Klägerin zu dieſem Geſtändniß von Beklagtem unter dem Verſprechen einer heimlichen Abfindung verleitet zu ſeyn behauptet, und die Wahrheit dieſer angegebenen Verſtellung durch den angetretenen Beweis zu erhärten unternommen;

5 Hiernächſt 2) wenn auch das Geſtändniß der Klägerin, daß ſie mit Beklagtens Lehrburſchen zu einer ſolchen Zeit, wo ſie geſchwängert worden ſeyn dürfte, Unzucht getrieben, für wahr zu halten, dennoch dadurch Beklagtens Unſchuld für erwieſen nicht angeſehen werden mag, indem es gar wohl möglich iſt, daß er um eben die Zeit mit Klägerin ſich gleichfalls fleiſchlich vermiſchet, folglich ſo gut wie der Lehrburſch als Vater angeſprochen werden mag, und in dieſem Fall zwar in Anſehung der verlangten Genugthuung,

arg. c. I, 2, *X. de adult.*

keines,

keinesweges aber in Anſehung der geforderten Alimenten des Kindes von der angeſtellten Klage zu entbinden ſeyn würde;

arg. L. 11. §. 9. *D. ad leg. Iul. de adult.*

IO. BRVNNEMANN *ad L.* 5. *D. de agnoſc. vel alend. lib.*, *n.* 20 *ſqq.*

IO. DAN. VON DEM STEENHOFF *Diſſertat. de praxi iudic. erron.* §. 23. *ſqq.*

Auch 3) Klägerin dadurch, daß ſie einräumet auf Beklagtens Zu- 6
reden auſſergerichtlich eine Unwahrheit geſagt zu haben, eines zu bege-
henden Meineides für verdächtig nicht zu halten;

Als ſind wir der rechtlichen Meinung:

Daß Klägerin wegen des oftmaligen ſelbſt nicht abgeleugneten 7
Geſtändniſſes eines anderen Vaters mit ihrer Klage ſo fort nicht
gänzlich abzuweiſen, ſie auch eines Meineides für ſo verdächtig
nicht zu halten, daß ſie nach Beſchaffenheit des zu führenden Be-
weiſes in dieſer Sache nicht zum Eide gelaſſen werden könne.

Zweyte Frage:

Ob Beklagtens Ehefrau gezwungen werden könne, in dieſer 8
Sache wider ihren Ehemann ein verlangtes Zeugniß abzulegen?

Ob es wohl ohnſtreitigen Rechtens iſt, daß die Ablegung eines Zeug- 9
niſſes nicht von dem freyen Willen eines vorgeſchlagenen Zeugen abhängt,
ſondern vielmehr ein jeder vorgeſchlagener Zeuge nach der Regel zur Ab-
legung eines Zeugniſſes gezwungen werden ſoll,

L. 21. §. 1. *D. de teſt.*

L. 19. *C. eodem.*

c. 1. *X. de teſtib. cogend.*

wenn nicht in Anſehung deſſelben in Geſetzen eine beſondere Ausnahme
gemacht worden, dergleichen Ausnahme aber in Anſehung der Ehegat-
ten in keinem Geſetz namentlich vorhanden, auch bewährte Rechtslehrer
behaupten, daß eine Ehefrau zur Ablegung eines Zeugniſſes gegen ih-
ren Ehemann gar wohl gezwungen werden könne;

BENED. CARPZOV *Part.* I. *conſtit.* 16. *def.* 52.

IO. BRVNNEMANN *ad L.* 24. *D. de teſt. n.* 4.

IO. HENR. BERGER *Elect. diſcept. forenſ.. Tit.* 22. *pag.* 718.

10 Dennoch aber und dieweil aus dem Grunde des

L. 4. 5. *D. de teſtib.*

unwiderſprechlich erhellet, daß die darinn gemachte Ausnahme von der Regel, daß ein jeder zum Zeugniß ſoll gezwungen werden können, auch auf Ehegatten, wegen der noch weit genauern Verbindung derſelben, nothwendig zu erſtrecken,

AVG. LEYSER *ſpec.* 283. med. 22.

und dieſe Ausnahme beſonders bey einer Ehefrau um ſo mehr ſtatt finden muß, da dieſelbe ihrem Ehemann eine vorzügliche Ehrerbietung ſchuldig iſt,

L. 14. §. 1. *D. ſolut. matrim.*

BENED. CARPZOV *Part.* I. *conſt.* 16. *def.* 51. *n.* 6.

daher auch bewährte Rechtslehrer ſchlechtweg behaupten, daß eine Ehefrau zum Zeugniß gegen ihren Ehemann nicht gezwungen werden könne,

ANT. FABER *in Cod., Lib.* 4. *tit.* 15. *def.* 1.

und ſelbſt diejenigen, die ohne Beyſtand der Geſetze das Gegentheil behaupten, doch nur entweder blos von peinlichen Fällen reden, und in bürgerlichen Sachen bey der Regel des Rechts bleiben,

BENED. CARPZOV *Part.* I. *conſt.* 16. *def.* 51. *n.* 5.

oder doch nur die in Geſetzen nicht gegründete Einſchränkung angeben, wenn die Wahrheit ſonſt nicht erwieſen werden könnte;

IO. BRVNNEMANN *ad L.* 6. *D. de teſt. n.* 3.

LVD. GVNTH. MARTINI *ad proc., tit.* 20. §. 2. *n.* 168.

Als geht unſere rechtliche Meinung dahin:

11 Daß Beklagtens Ehefrau den Rechten nach nicht gezwungen werden könne, gegen ihren Ehemann in dieſer Sache ein Zeugniß abzulegen.

Dritte Frage:

Ob nicht der angetretene Beweis wegen Unerheblichkeit der Be- 12
weisartikel und wegen der Singularität der vorgeſchlagenen Zeugen zu verwerfen?

Ob es zwar 1) ſeine Richtigkeit hat, daß von den übergebenen Beweisartikeln keiner auf eine von Beklagten mit Klägerin geſchehene wirklich fleiſchliche Vermiſchung und wirkliche Schwängerung derſelben unmittelbar gerichtet worden, ſondern dieſelben nur darauf gehen, daß Beklagter ſeit Johannis 1774 ſich bey Klägerin zuweilen des Nacht im Bette befunden, wodurch ſo wenig eine wirkliche fleiſchliche Vermiſchung überhaupt, als beſonders von derjenigen Zeit, wo Klägerin ſich wirklich ſchwängern laſſen, für bewieſen gehalten werden möchte;

Hiernächſt 2) die Zeugen anlangend, nicht allein, vermöge der vorhergehenden zweyten Frage, die eine vorgeſchlagene Zeugin wegfallen
und daher noch eine einzige Zeugin bleiben wird, die nach Verordnung 13
der Geſetze nichts beweiſen kann, cum vnius teſtis reſponſio omnino non audienda,

L. 9. §. 1. C. de teſtib.

et vnicus teſtis nullus teſtis eſſe videatur,

VLR. HVBER *praelect. ad Dig., tit. de teſt. n.* 18.

ENGAV *element. iur. can., Lib.* 4. *tit.* 21. §. 194. *n.* 2.

ſondern, wenn auch beyde Zeuginnen abgehöret werden könnten, dennoch, da eine jede über beſondere Artikel zu vernehmen, jeder Artikel nur von einer Zeugin bejahet werden könnte, mithin wegen dieſer Singularität für gar nicht bewieſen zu halten;

IAC. CVIACIVS *ad c.* 33. *X. de teſtib.*

Dennoch aber und dieweil 1) was die Beweisartikel anbetrifft, ei- 14
nestheils die Wahrheit des im

Artic. 4. 5. 12.

angeführten Umſtandes, daß Beklagter bey Klägerin des Nachts ſich wirklich im Bette befunden, den Rechten nach allerdings einen zureichenden Beweis der mit ihr zu der Zeit wirklich getriebenen Unzucht ausmacht,

c. 12. X. de praeſumt.

15 und anderntheils aus einer mit einer Perſon einmal getriebenen Unzucht die rechtliche Vermuthung entſteht, daß ſelbige öfters und beſonders auch zu der von der geſchwängerten Perſon angegebenen und mit einem Erfüllungseide zu beſtärkenden Zeit geſchehen,

IOSEPH MASCARD *de probat.*, *Vol. II. concluſ.* 788. *n.* 28.

STRVV. *iurisprud.*, *Lib.* 1. *tit.* 15. §. 8.

16 Hiernächſt 2) die Zeugen anlangend, wenn gleich die Ausſage eines einzigen Zeugen, mithin auch die Ausſage mehrerer Zeugen über ganz verſchiedene Umſtände keinen vollen Beweis wirken mag,

VLR. HVBER *loc. cit.*

dennoch es keinem Zweifel unterworfen, daß ſelbige nicht einem halben Beweis, der nach befindlichen Umſtänden durch einen Erfüllungseid zu ergänzen, zu wirken vermögend;

SAM. STRYK *de probat. ſemiplena*, *c.* 1. *n.* 9. *ſqq.*

Als halten wir in Rechten dafür:

17 Daß der der angetretene Beweis wegen Unerheblichkeit der Beweisartikel, und wegen der Singularität der vorgeſchlagenen Zeugen an ſich nicht zu verwerfen.

Von Rechts wegen.

DECISIO LXIV.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Si controuerſia ex negotiis aſſecurationis inter partes oritur, iura Hamburgenſia rem ad duo arbitros ab vtraque parte eligendos ante deferri volunt, quam ad diſceptationem in iudicio inſtituendam fiat progreſſus: ſin autem duorum menſium ſpatio ab hiſce arbitris, vel ſuperarbitro ab iis in caſu diſſenſus eligendo controuerſia non componitur, tum demum iudicem adiri permittunt poena centum thalerorum ſtatuta ab eo ſoluenda, qui citius controuerſiam iudiciali cognitioni ſubmittere non veretur.

II. Falluntur, qui putant eadem iura requirere, partim vt, quem pars pro ſe elegit, arbitrum, ſcriptura interpoſita, qua electum arbitrum legitimet; partim vt arbiter ſuam in cauſſa aſſecurationis ſententiam ſcripto comprehenſam exhibeat.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Tenor ordinationis aſſecurationis Hamburgenſis, quid ante fieri debeat, quam in cauſſa aſſecurationis iudex adeatur, diſponentis. n. 2.

An arbiter in cauſſa aſſecurationis a parte, quae ipſum elegit, ſecundum hanc ordinationem documento electionis ſcripto ſit legitimandus quaeritur et negatur. n. 3. et n. 7.

An arbiter in cauſſa controuerſa ab actoribus electus officio ſuo male ſit functus, quaeritur et negatur. n. 4. et n. 8.

Plane non facere, quod erat faciendum, et quod erat faciendum non rite facere in iure pari paſſu ambulant. n 5.

In praeſenti caſu actores obligationi ex iure Hamburgenſi ipſis ante incumbenti, quam adirent iudicem in cauſſa aſſecurationis, fecerunt, quod eſt ſatis. n. 6.

Qui dilatoriis exceptionibus fundamento omni deſtitutis cauſſam protelat non poteſt non condemnari in expenſas. n. 9.

Urtheil.

Auf eingewandte Reviſion, deren Deduction und weiteres rechtliches Einbringen in Sachen Georg Friderich N. und Conſorten, Beklagten jetzt Impetranten an einem, wider die Gebrüder K., Kläger jetzt Impetraten am andern Theile, in puncto einer Aſſecuranzforderung,

erkennen Bürgermeiſter und Rath der Stadt L. nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten für Recht:

1 Daß es, eingewandter Reviſion ohngeachtet, bey dem den 29. Iul. 1774 eröffneten Erkenntniß billig bleibet, auch Impetranten die Koſten des verzögerten Rechtsſtreits, nach derſelben Angabe und richterlichen Mäßigung Impetraten zu erſtatten ſchuldig. Von Rechts wegen.

Entſcheidungsgründe.

Obzwar Impetranten durch das den 29. Iul. 1774 eröffnete, und

ad Rec. XX.

befindliche, Erkenntniß dadurch beſchweret zu ſeyn glauben, daß ſie Einwendens ohngeachtet auf die Klage proxime hauptſächlich zu antworten für ſchuldig erkannt, und nicht vielmehr ſtatt deſſen Impetraten dieſe ſtreitige Aſſecuranzſache mit Erſtattung der Unkoſten dem Erkenntniß guter Männer zu überlaſſen, und, weil ſie ſolches nicht gethan, die geſetzmäßige Strafe von 100 Rthlr. zu erlegen vertheilet worden;

2 immaaßen vermöge der

Hamburgiſchen Aſſecuranzordnung, *Tit.* 19. *art.* 1.

als welcher die Partheyen in der in Acten

ad Rec. III.

befindlichen Police ſich ausdrücklich unterworfen, alle ſtreitige Aſſecuranzſachen, ehe und bevor ſie gerichtlich eingeklaget werden, bey 100 Rthlr. Strafe ſofort, als der Schade bekannt iſt, und die Documenta bey Händen zu bringen ſind, an gute Männer gebracht, und innerhalb zween Monaten entweder von ihnen entſchieden werden, oder dem Aſſecurirten frey ſtehen ſoll, nach abgelaufener ſolcher Zeit die Aſſecuradeurs, die ſich der Zahlung weigern, gerichtlich zu belangen;

Impe-

Impetraten aber dieſe ihnen als Aſſecurirten obliegende Pflicht bisher noch nicht, wie recht, erfüllet, indem, wenn ſie gleich auf Verlangen der Impetranten von ihrer Seite Chriſtian Gottlieb R. zum guten Mann erkannt, auch Impetranten mit demſelben zufrieden geweſen, und darauf von ihrer Seite Johann Lucas D. zum guten Mann beſtellet, und mit einer Vollmacht verſehen, der auch mit jenem in die zum Behuf der Sache nöthige Unterhandlungen ſich eingelaſſen,

dennoch 1) Impetraten nicht dahin zu bringen geweſen, daß ſie 3
ihren guten Mann Chriſtian Gottlieb R. mit einer Vollmacht verſehen;

auch 2) gedachter guter Mann R. in dieſer Sache nicht ſo, wie es 4
einem guten Mann gebühret, ſich bezeiget, indem derſelbe a) ohne die Umſtände der Sache vorher wohl zu erwägen, gleich den Ausſpruch gethan, daß, weil der Diſpacheur dieſe Aſſecuranzſache zu 97 Procent reguliret hätte, die Aſſecuradeurs ſelbige zu bezahlen ſchuldig, b) dieſen Ausſpruch auch dem gegenſeitigen guten Mann Johann Lucas D. ſchriftlich mitzutheilen ſich beſtändig geweigert, und c) die von dieſem ihm auf ſein Anſuchen zur Prüfung zugeſtellte ſchriftlich aufgeſetzte Meinung den Impetraten in die Hände geſpielet, und ſo wenig darauf eine Erklärung ertheilet, als die angefangenen Unterhandlungen fortſetzen wollen;

Weswegen, da den Rechten nach für einerley zu halten, etwas gar 5
nicht, und nicht rechtlich thun, Impetraten zuförderſt, mit Vertheilung in die Erſtattung der Koſten, dieſe Sache durch die von beyden Seiten erwählten guten Männer zu beendigen hätten angewieſen werden ſollen;

Dennoch aber und dieweil 1) Impetraten die ihnen nach der an- 6
geführten

Hamburgiſchen Aſſecuranzordn. *Tit.* 19. *art.* 1.

obliegende Pflicht, dieſe Aſſecuranzſache, ehe ſie ſelbige gerichtlich eingeklaget, an gute Männer zu bringen, ſelbſt nach dem Geſtändniß der Impetranten dadurch erfüllet, daß ſie von ihrer Seite Chriſtian Gottlieb R. zum guten Mann erwählet, Impetranten ſelbigen angenommen, und dagegen von ihrer Seite Johann Lucas D. zum guten Mann beſtellet, auch dieſe beyden guten Männer wegen dieſer Sache Unterhandlungen gepflogen;

Urtheil.

Auf eingewandte Reviſion, deren Deduction und weiteres rechtliches Einbringen in Sachen Georg Friderich N. und Conſorten, Beklagten jetzt Impetranten an einem, wider die Gebrüder K., Kläger jetzt Impetraten am andern Theile, in puncto einer Aſſecuranzforderung,

erkennen Bürgermeiſter und Rath der Stadt L. nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten für Recht:

1 Daß es, eingewandter Reviſion ohngeachtet, bey dem den 29. Iul. 1774 eröffneten Erkenntniß billig bleibet, auch Impetranten die Koſten des verzögerten Rechtsſtreits, nach derſelben Angabe und richterlichen Mäßigung Impetraten zu erſtatten ſchuldig. Von Rechts wegen.

Entſcheidungsgründe.

Obzwar Impetranten durch das den 29. Iul. 1774 eröffnete, und

ad Rec. XX.

befindliche, Erkenntniß dadurch beſchweret zu ſeyn glauben, daß ſie Einwendens ohngeachtet auf die Klage proxime hauptſächlich zu antworten für ſchuldig erkannt, und nicht vielmehr ſtatt deſſen Impetraten dieſe ſtreitige Aſſecuranzſache mit Erſtattung der Unkoſten dem Erkenntniß guter Männer zu überlaſſen, und, weil ſie ſolches nicht gethan, die geſetzmäßige Strafe von 100 Rthlr. zu erlegen vertheilet worden;

2 immaaßen vermöge der

Hamburgiſchen Aſſecuranzordnung, *Tit.* 19. *art.* 1.

als welcher die Partheyen in der in Acten

ad Rec. III.

befindlichen Police ſich ausdrücklich unterworfen, alle ſtreitige Aſſecuranzſachen, ehe und bevor ſie gerichtlich eingeklaget werden, bey 100 Rthlr. Strafe ſofort, als der Schade bekannt iſt, und die Documenta bey Händen zu bringen ſind, an gute Männer gebracht, und innerhalb zween Monaten entweder von ihnen entſchieden werden, oder dem Aſſecurirten frey ſtehen ſoll, nach abgelaufener ſolcher Zeit die Aſſecuradeurs, die ſich der Zahlung weigern, gerichtlich zu belangen;

Impe-

Impetraten aber dieſe ihnen als Aſſecurirten obliegende Pflicht bisher noch nicht, wie recht, erfüllet, indem, wenn ſie gleich auf Verlangen der Impetranten von ihrer Seite Chriſtian Gottlieb R. zum guten Mann erkannt, auch Impetranten mit demſelben zufrieden geweſen, und darauf von ihrer Seite Iohann Lucas D. zum guten Mann beſtellet, und mit einer Vollmacht verſehen, der auch mit jenem in die zum Behuf der Sache nöthige Unterhandlungen ſich eingelaſſen,

dennoch 1) Impetraten nicht dahin zu bringen geweſen, daß ſie ihren guten Mann Chriſtian Gottlieb R. mit einer Vollmacht verſehen; 3

auch 2) gedachter guter Mann R. in dieſer Sache nicht ſo, wie es einem guten Mann gebühret, ſich bezeiget, indem derſelbe a) ohne die Umſtände der Sache vorher wohl zu erwägen, gleich den Ausſpruch gethan, daß, weil der Diſpacheur dieſe Aſſecuranzſache zu 97 Procent reguliret hätte, die Aſſecuradeurs ſelbige zu bezahlen ſchuldig, b) dieſen Ausſpruch auch dem gegenſeitigen guten Mann Iohann Lucas D. ſchriftlich mitzutheilen ſich beſtändig geweigert, und c) die von dieſem ihm auf ſein Anſuchen zur Prüfung zugeſtellte ſchriftlich aufgeſetzte Meinung den Impetraten in die Hände geſpielet, und ſo wenig darauf eine Erklärung ertheilet, als die angefangenen Unterhandlungen fortſetzen wollen; 4

Weswegen, da den Rechten nach für einerley zu halten, etwas gar nicht, und nicht rechtlich thun, Impetraten zuförderſt, mit Vertheilung in die Erſtattung der Koſten, dieſe Sache durch die von beyden Seiten erwählten guten Männer zu beendigen hätten angewieſen werden ſollen; 5

Dennoch aber und dieweil 1) Impetraten die ihnen nach der angeführten 6

Hamburgiſchen Aſſecuranzordn. *Tit.* 19. *art.* 1.

obliegende Pflicht, dieſe Aſſecuranzſache, ehe ſie ſelbige gerichtlich eingeklaget, an gute Männer zu bringen, ſelbſt nach dem Geſtändniß der Impetranten dadurch erfüllet, daß ſie von ihrer Seite Chriſtian Gottlieb R. zum guten Mann erwählet, Impetranten ſelbigen angenommen, und dagegen von ihrer Seite Iohann Lucas D. zum guten Mann beſtellet, auch dieſe beyden guten Männer wegen dieſer Sache Unterhandlungen gepflogen;

2)

2) dieſe von beyden Seiten beſtellten guten Männer vermöge desjenigen, was Impetranten ſelbſt angeführet haben, innerhalb zween Monaten dieſe übernommene Aſſecuranzſache ſo wenig durch einen gemeinſchaftlichen Ausſpruch entſchieden, als zum Behuf dieſer Entſcheidung einen Obmann erwählet und durch denſelben entſcheiden laſſen;

Und 3) Impetraten daher ſelbſt nach den Worten der angezogenen Stelle der Hamburgiſchen Aſſecuranzordnung allerdings befugt geweſen, dieſe an gute Männer gebrachte Aſſecuranzſache, nachdem ſie von denſelben binnen zween Monaten ſo wenig durch einen gemeinſchaftlichen Ausſpruch, als durch einen erwählten Obmann entſchieden worden, nunmehro gerichtlich einzuklagen, und von Impetranten die gebührende Einlaſſung auf ihre gerichtlich angeſtellte Klage zu verlangen;

Auch 4) dasjenige, was Impetranten gegen die Rechtmäßigkeit der in dieſer Sache beſtellten guten Mannſchaft erinnert, von der Beſchaffenheit nicht iſt, daß es die rechtliche Aufmerkſamkeit verdienet,

7 anerwogen a) was die Vollmacht anbetrifft, welche Impetraten ihrem guten Mann Chriſtian Gottlieb R. ſchriftlich zu ertheilen ſich geweigert, einestheils dieſelbe ſo wenig in der Hamburgiſchen Aſſecuranzordnung erfordert worden, als nach gemeinen Rechten nöthig iſt, nach welchen wohl ein Anwald, aber kein guter Mann oder Schiedsmann mit einer Vollmacht verſehen werden ſoll, anderntheils Impetranten den Mangel dieſer an ſich unnöthigen Vollmacht um ſo viel weniger jezt vorſchützen mögen, da ſie ſelbſt in Acten

ad Rec. VII.

eingeſtanden, daß ſie von dem vorgegebenen Verlangen dieſer Vollmacht abgegangen, und ihrem guten Mann, auf ſelbige nicht weiter zu dringen, aufgegeben,

hiernächſt b) die gegen den gegenſeitigen guten Mann Chriſtian Gottlieb R. angeführten Beſchwerden in keine Betrachtung kommen mögen,
8 angeſehen α) der Vorwurf, daß derſelbe, ohne vorher die Umſtände der Sache wohl zu erwägen, einen bloß auf die geſchehene Berechnung des Diſpacheur gegründeten Ausſpruch gethan, auf ein leeres Vorgeben, ſo nicht erwieſen worden, beruhet, und auch dadurch von ſelbſten wegfällt, daß Impetranten nicht in Abrede ſtellen mögen

ad Rec. XII.

daß

daß beſagter guter Mann mit dem von ihrer Seite erwählten guten Mann die Unterhandlungen wegen dieſer Sache weiter fortgeſezet, und der Impetranten Pflicht geweſen wäre, wenn ihr guter Mann nach vergeblich verſuchten Vorſtellungen ſich keines einmüthigen Ausſpruchs mit erſterem vergleichen können, binnen den zween Monaten auf die Erwehlung eines Obmanns zu dringen, um dadurch die gütliche Endſchaft der Sache zu erhalten; auch β) der gute Mann Chriſtian Gottlieb R. keinesweges den Rechten nach ſchuldig geweſen, dem gegenſeitigen guten Mann ſeine vorläufig geäuſſerte Meinung in dieſer Sache ſchriftlich mitzutheilen, ſondern wohl verlangen können, daß derſelbe ſich mit ihm durch bloße mündliche Unterhandlungen wegen eines gemeinſchaftlichen Ausſpruchs zu vereinbaren ſuche, und γ) der impetratiſche gute Mann Chriſtian Gottlieb R. auch dadurch kein Verſehen begangen, daß er auf die ihm ſchriftlich mitgetheilte Meinung des gegenſeitigen guten Monnes keine ſchriftliche Erklärung von ſich gegeben, oder ſelbige Impetraten in die Hände geſpielet, da die Geſetze einem guten Mann nirgends verboten haben, die vom Gegentheil geäuſſerte Meinung ſeiner Parthey bekannt zu machen, auch Impetranten im gegenwärtigen Fall hieraus um ſo viel weniger eine Partheylichkeit oder Unfähigkeit dieſes guten Mannes beweiſen mögen, da ſie noch verlangen, daß Impetraten, durch dieſen guten Mann die Sache zur völligen Endſchaft zu bringen angewieſen werden ſollen;

Endlich 5) die Abſicht der Impetranten, durch die vorgeſchützte Einrede nicht ſowohl eine baldige Endſchaft der Sache zu befördern, als dieſelbe vielmehr aufzuhalten, aus den beſtändig wiederholten Dilationsgeſuchen derſelben abzunehmen, und dahero wegen Unerheblichkeit der Beſchwerden in die Koſten des verzögerten Proceſſes zu vertheilen geweſen;

Als ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, zu erkennen bewogen worden.

DECISIO LXV.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Magiſtratus municipalis noua collegiis opificum ſtatuta absque conſenſu domini territorii condere nequit; multaque minus condita iam et a domino vi ſuperioritatis territorialis confirmata ſtatuta immutare valet.

II. Iusiurandum intuitu facti alicuius indeterminati v. c. an quis fidem officii violauerit, alicui in lite delatum merito a parte aduerſa recuſatur, atque a iudice reprobatur.

III. Qui contra aliquem ex capite neglectae, quam praeſtare debuit in officio, fidei actionem inſtituit, in eaque ſuccubuit, iniuriarum debet condemnari in reconuentione ideo inſtituta; niſi oſtenderit ſe iuſtis ſuſpicionibus eſſe ad agendum incitatum; neque ipſi prodeſt ſola proteſtatio libello inſerta de animo iniuriandi deficiente.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

An magiſtratus municipalis collegiis opificum noua ſtatuta condere poſſit inconſulto territorii domino quaeritur et negatur. n. 2. et n. 5.

An iusiurandum ſuper facto indeterminato delatum ſit adceptandum vel referendum quaeritur et negatur. n. 3. n. 6.

An qui pro commodo communis cauſſae actionem contra aliquem mouit, in qua reum neglectae fidei debitae arguit, ideo quod non ſuum ipſius intereſſe perſequitur, deque animo iniuriandi deficiente ſit proteſtatus, ab actione iniuriarum contra ſe inſtituenda ſimpliciter tutus ſit, quaeritur et negatur. n. 4. et n. 8.

Quod probatum non releuat, probandum nemini debet iniungi. n. 7.

Urtheil.

Auf eingewandte Supplication, deren Juſtification und weiteres rechtliches Einbringen in Sachen der zeitigen Schmiedeamts-Vorſteher Heinrich Chriſtian R. und Conſorten, Imploraten und Supplicna-

plicanten an einem, wider die Schmiedeamts Meiſter Arend Kl. und Conſorten, Imploranten und Supplicaten am andern Theile,

erkennen Bürgermeiſtere und Rath der ꝛc. ꝛc. Stadt H. nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten für Recht:

Nunmehro aus den Acten und der Partheyen Einbringen ſo viel zu befinden, daß bey dem am 7. Sept. vorigen Jahres eröffneten Nr. actor 39. befindlichen Urtheil es nicht zulaſſen, ſondern ſolches wieder aufzuheben, und dagegen das unterm 18. Jul. 1773 eröffnete Nr. actor. 17. befindliche Urtheil lediglich zu beſtätigen. V. R. w.

Entſcheidungsgründe.

Obwohl Supplicaten behaupten wollen, daß alle von Supplicanten gegen das den 7. Sept. 1774. eröffnete

Nr. actor. 39.

befindliche Erkenntniß an- und ausgeführten Beſchwerden für unerheblich zu achten.

angeſehen A) die Hauptklage anlangend, 1) die Verordnung, daß von den für ausgefertigte Kundſchaften zu erhebenden Geldern forthin wenigſtens ein Drittel der Lade zu berechnen, vom Magiſtrat ohne Landesherrliche Beſtätigung vermöge der demſelben zuſtehenden Beſorgung der Policey gar wohl gemacht werden könne, da ſelbige blos eine gute Einrichtung des Handwerks und Abſtellung eines Misbrauchs beträfe, der zum Nachtheil der Lade durch eine Obſervanz von verſchiedenen Jahrhunderten niemanden ein Recht geben könne;

2) Gleichergeſtalt die Verordnung, daß die Gebühren für einen gewöhnlichen Lehrbrief auf 3 Rthlr. feſtzuſetzen, und davon ein Drittel der Lade zu berechnen, vom Magiſtrat aus eben den angeführten Gründen um ſo mehr gemacht werden könne, da ſelbige ein ſehr billiges Verhältniß in ſich enthalte, und blos zum Zweck habe, daß dieſe Summe bey Ausfertigung eines Lehrbriefes nicht überſchritten werde;

Weniger nicht 3) alle Veranlaſſung zur Schmauſerey bey Verfertigung und Aufweiſung des Meiſterſtücks Supplicantiſchen Vorſtehern um ſo mehr nicht ohne Urſache nachdrücklich verboten worden, da ſelbige

ſelbſt

ſelbſt nicht in Abrede ſtellen mögen, daß ſie unter dem Namen des bloßen Eſſens zu ſolchen Schmauſereyen Gelegenheit gäben;

3 Ferner 4) Supplicant R. über den ihm

Nr. actor 24. pag. 11.

deferirten Eid ſich gebührend zu erklären allerdings verbunden, da dieſer Eid nichts in ſich enthielte, als was er gegen Supplicaten in den Acten behauptet, und keinesweges für zu allgemein abgefaßt zu halten;

Auch 5) der den Supplicaten nachgelaſſene Beweis, daß ehedem für das Anmelden und für die Aufweiſung des Meiſterſtücks nur eine Tonne Bier gegeben, und die ſtatt derſelben für jede Zuſammenkunft geſetzten 3 Rthlr. erſt neuerlich aufgebracht worden, daher ohnſtreitig für zuläſſig zu halten, weil eine Tonne Bier weniger als 3 Rthlr. koſte;

So wie auch 6) ein gleiches von dem nachgelaſſenen Beweiſe, daß vordem niemals etwas für die Werkſtatt bezahlt worden, deswegen zu behaupten, damit die Verbindlichkeit der Meiſter, ihre Werkſtatt zu dieſem Ende umſonſt zu überlaſſen, auſſer Zweifel geſetzt, und die Lade zu den bezahlten Geldern verholfen werde;

4 Hiernächſt B) die Widerklage anlangend, Supplicaten um ſo mehr davon den Rechten nach entbunden werden müſſen, da ſelbige nicht für ſich zu ihrem eigenen Nutzen, ſondern blos zum Beſten der gemeinen Lade geklaget, ſie auch noch überdem ausdrücklich in den Acten bezeuget,

Nr. actor. 10. pag. 2.

daß ſie Supplicanten zu beſchimpfen im geringſten nicht die Abſicht hätten;

Aus welchen Gründen daher Supplicaten, daß das letzte Erkenntniß ſchlechtweg zu beſtätigen ſey, vermeinen;

Dennoch aber und dieweil was A) die Hauptklage anbetrifft,

1) in Anſehung der von den Kundſchaften der Lade zu berechnenden Gelder, a) es gegen Supplicaten nunmehro rechtskräftig entſchieden, auch

auch von ihnen eingeräumet iſt, daß nach einem bisherigen beſtändigen Gebrauch der Lade davon niemals etwas berechnet worden, mithin Supplicanten in Anſehung des Vergangenen von den daher gemachten Anſprüchen für völlig frey zu halten,

und b) die in dem Erkenntniß von 7. Septemb. 1774 desfalls willkührlich gemachte neue Verordnung einestheils von Supplicaten gegen Supplicanten in ihrer übergebenen Klage gar nicht geſucht worden, anderntheils auch beym Magiſtrat auf keine Weiſe geſucht werden mögen, immaaßen derſelbe als Obrigkeit zwar nach vorhandenen Geſetzen und Statuten der Aemter und Gilden, und nach eingeführten Policeyverordnungen in vorkommenden Fällen zu erkennen, allein nicht fürs Künftige neue Geſetze und Statuten oder beſtändige Policeyverordnungen ohne Beſtätigung des Landesherrn oder der Regierung zu machen die Befugniß hat, auch der von Supplicaten vorgegebene eingeſchlichene der Lade nachtheilige Misbrauch einestheils im geringſten nicht als ein ſolcher erwieſen worden, anderntheils, wenn er auch erwieſen werden könnte, doch nicht vom Magiſtrat allein, ſondern zugleich von hoher Landesregierung durch eine neue Verordnung abgeſtellet werden müßte;

Gleichergeſtalt 2) in Anſehung der von den Lehrbriefen der Lade zu berechnenden Gelder, a) es gleichfalls gegen Supplicaten nunmehro rechtskräftig entſchieden, daß nach einem bisherigen beſtändigen Gebrauch der Lade davon niemals etwas berechnet worden, folglich Supplicanten auch hier in Anſehung des Vergangenen von den daher gemachten Anſprüchen für völlig frey zu halten, und b) die in dem Erkenntniß vom 7. Septemb. 1774 desfalls willkührlich gemachte neue Verordnung in Anſehung des Künftigen einestheils von Supplicaten gegen Supplicanten in ihrer übergebenen Klage gar nicht geſucht worden, anderntheils auch vom Magiſtrat um ſo weniger gemacht werden mögen, da ſelbiger der von hoher Landesregierung in dieſer Sache bereits gemachten Verordnung vom 11. Aug. 1733, nach welcher für einen ſchlechten Lehrbrief ohne Stempelgeld nur 12 mgr. genommen werden dürfen, offenbar widerſtreitet, und gegen den Zweck derſelben eine nicht geringe Vermehrung der Koſten in ſich enthält; dahingegen in dem erſten Erkenntniß vom 18. Iul. 1773 Supplicaten billig auferleget worden, ihrer Verſicherung gemäß einem jeden Lehrlinge die Freyheit zu laſſen, ob er

einen auf Pergament zierlich geſchriebenen, mithin etwas koſtbareren, oder einen wohlfeileren Lehrbrief haben wolle;

Weniger nicht 3) das bey nachdrücklicher Strafe geſchehene Verbot aller Schmauſereyen bey Verfertigung und Aufweiſung des Meiſterſtücks nicht allein gänzlich überflüſſig, da durch das

Ausſchreiben vom 21. *Jul.* 1710.

dergleichen Schmauſereyen ſchon zureichend verboten, ſondern auch im gegenwärtigen Fall um ſo mehr unnöthig, je weniger Supplicaten bisher beygebracht, daß Supplicanten dieſe Verordnung übertreten;

Ferner 4) der dem Supplicanten R.

Nr. actor. 24. *pag.* 11.

deferirte Eid, daß er weder für vermiethetes Amtsküchengeräth mehr eingenommen, als dieſerhalb von ihm berechnet worden, noch auch das Küchenzeug mehrmalen zu vermiethen Gelegenheit gehabt, einestheils der von Supplicaten

Nr. actor. 10. *pag.* 33.

geſchehenen ausdrücklichen Erklärung, daß wenn ſich die angegebene Ein-
6 nahme in den Rechnungen fände, dieſe angebrachte Beſchwerde wegfallen ſollte, offenbar widerſtreitet, anderntheils, da er nicht auf etwas Beſtimmtes gerichtet iſt, wegen ſeiner Allgemeinheit für unzuläſſig zu halten;

IO. HEINR. BERGER *Elect. diſceptat. forenſ.*, *Tit.* 18. *obſ.* 3. *not.* 1. *ſqq.* *pag.* 512. *ſq.*

7 Auch 5) der den Supplicaten nachgelaſſene Beweis, daß ehedem für das Anmelden und für die Aufweiſung des Meiſterſtücks nur eine Tonne Bier gegeben worden, für zuläſſig nicht geachtet werden mag, da Supplicaten nicht in Abrede ſtellen mögen, daß nach dem der Schmiedeamtsrechnung vorgeſetzten principio bey Aufweiſung des Meiſterſtücks nunmehro 3 Rthlr. zu bezahlen ſind, mithin zu beweiſen es unerheblich ſeyn würde, was vor dieſer feſtgeſetzten Einrichtung dafür bezahlet worden;

Und 6) der den Supplicaten nachgelaſſene Beweis, daß vordem niemals etwas für die Werkſtatt bey Verfertigung eines Meiſterſtücks

an

an den Meiſter bezahlt worden, nicht nur deswegen unerheblich, weil daraus noch keine Schuldigkeit eines Meiſters, ſeine Werkſtatt einem Candidaten umſonſt zu überlaſſen, und den Gebrauch derſelben mit ſeinem Schaden zu entbehren, gefolgert werden möchte, ſondern auch in Anſehung des vorgewandten Vortheils der Lade ganz unnütz iſt, indem, wenn einem Meiſter für den Gebrauch ſeiner Werkſtatt nichts bezahlet wird, auch natürlich die Lade davon keinen Antheil gewinnen kann;

Hiernächſt B) die Widerklage anlangend, dieſelbe noch keinesweges zu verwerfen, ſondern vielmehr Supplicanten vorzubehalten, anerwogen die gegen ſelbige angebrachte Beſchuldigungen einer treuloſen Verwaltung ihres Amts allerdiugs der Ehre derſelben an ſich für nachtheilig zu halten, und Supplicaten die ihnen Schuld gegebene Abſicht, die Supplicanten zu injuriiren, ſo wenig durch ihre Proteſtation, als durch das Vorgeben, daß ſie bloß zum Beſten der Lade geklaget, von ſich abzulehnen vermögend ſind; 8

Als ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, mit Vergleichung der Koſten zu erkennen bewogen wrrden.

DECI-

DECISIO LXVI.

THEMATA PRINCIPALIA

I. Per exceptionem vel replicam alteri oppoſitam non inducicitur litis pendentia; Hincque nil impedit, quo minus ius, cui exceptio vel replica initítur, actione competente inſtituta perſequamur.

II. Si lege vel pacto ſtatutum eſt, vt dominus iurisdictionis pecuniam ex contributione ſubditorum redigendam in termino ſolutionis debito ex ſuo repraeſentet ſaluo contra ſubditos debitores regreſſu; non poteſt exceptione ordinis ſe tueri, ſi contra eum elapſo ſolutionis termino ad ſummam contributionis ex ſuo erogandam actio inſtituitur.

III. Qui pro debitore principali ad certum diem ſolutionem facere obligatur, is die ſtato a debitore principali ſolutione non facta ideo actione pulſatus fruſtra ad exceptionem ordinis confugit.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Exceptione litis pendentis rei vtuntur propterea, quod actores ius, quod inpraeſentiarum agendo perſequuntur, in alia cauſſa ad replicam fundandam adhibuerint. n. 2.

Qui pro alio eo demum caſu, quo non ſoluendo eſt, praeſtanda ſoluere tenetur, exceptionem excuſſionis ſiue ordinis in rem ſuam vertit. n. 3.

Qui ab alio praeſtationem faciendam vrget, cui diligentia ex ſua parte adhibita demum locum dat, is merito repellitur exceptione deficientis ex ſua parte debitae deligentiae. n. 4.

Iure communi exceptio ordinis oppoſita actorem ad debitorem principalem ante excutiendum obligat. n. 5.

Litis pendentia per oppoſitam exceptionem vel replicam non inducitur. n. 6.

Immo leges permittunt, vt ius, quod actione iam pendente exegiſti, in alia cauſſa per modum exceptionis poſſis vrgere. n. 7.

In dato caſu pacto ſatis aperte eſt ſtatu-

eſt ſtatutum, vt domini iurisdictionis ex ſuo repraeſentent contributiones a ſubditis debitas ſaluo contra moroſos regreſſu. n. 8.
Idem quoque ex fine pacti apertum eſt. n. 9.
Neque actores ex ſua parte praeſtandam non praeſtitiſſe diligentiam dici poſſunt. n. 10.
Rationes, quare in dato caſu exceptio ordinis non poſſit non ceſſare. n. 11.

Urtheil.

Auf erhobene Klage, dagegen vorgeſchüzte Einreden, angehängte eventuelle Einlaſſung und ferneres rechtliches Einbringen in Sachen der Ritterſchaft des Fürſtlich A. Antheils, Kläger an einem, wider den Obriſtwachtmeiſter Thilo Lebrecht von T. auf G., und den Cornette Friderich Gottlieb von T. auf H., Beklagte am anderen Theile,

erkennen Fürſtlich A. zur Landesregierung verordnete Geheimer-Rath, Canzler, Director und Räthe, nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, für Recht:

Daß Beklagte Einwendens ohngeachtet auf die erhobene Klage ſich 1
einzulaſſen ſchuldig, und weil ſie ſolches auf den Fall bereits gethan, und theils der Hauptpuncte der Klage geſtändig, theils dieſe aus den recognoſcirten Urkunden klar ſind, Beklagte zu Folge des ritterſchaftlichen Securitätsvergleichs ſub A. §. 2. auf die von Seiten ihrer Hinterſaſſen annoch rückſtändigen Contributionsbeyträge den verſprochenen Vorſchuß zu thun, ſowohl auch die Koſten der Klage nach deren Angabe und richterlicher Mäßigung Klägern zu erſtatten ſchuldig. Von Rechts wegen.

Entſcheidungsgründe.

Obwohl Beklagte 1) dafür halten wollen, daß ſie auf die von kla- 2
gender Ritterſchaft gegen ſie wegen des für ihre Hinterſaſſen zu leiſtenden Vorſchuſſes der rückſtändigen Contributionsbeyträge erhobene Klage ſich einzulaſſen noch zur Zeit nicht verbunden, angeſehen klagende Ritterſchaft in den in der W. B. und anderen Sachen geſchehenen Litisdenunciationen dieſe Forderung gegen Beklagte bereits angebracht, und mit denſelben desfalls in gerichtlichen noch nicht entſchiedenen Rechtsſtreiten begriffen, von deren Entſcheidung die gegenwärtige Klage abhänge,

und daher den Klägern die verzögerlichen Einreden der Litispendenz und einer quaeſtionis praeiudicialis entgegen ſtehen;

Hiernächſt 2) Beklagte zu behaupten ſuchen, daß wegen der von ihnen ad litis ingreſſum impediendum vorgeſchützten zerſtörlichen Einreden das Suchen der Kläger überhaupt für unſtatthaft zu halten,

3 anerwogen a) Beklagte, als Gerichtsherren, den verlangten Vorſchuß der von ihren Hinterſaſſen bisher nicht abgetragenen Contributionsbeyträge vermöge des §. 2. des von Klägern

fol. 3. *ſqq. actor.*

beygebrachten Securitätsvergleichs vom 23. Octob. 1761 nicht ſchlechtweg, ſondern bloß auf den Fall, wenn die Hinterſaſſen ſolche Contributionsbeyträge abzutragen nicht vermögend, zu thun ſchuldig, dieſer Fall aber gegenwärtig keinesweges vorhanden, da Beklagte bekanntermaßen nicht durch das Unvermögen ihrer Hinterſaſſen, ſondeen bloß durch eine in einem bereits ſeit vielen Jahren mit ihnen geführten Rechtsſtreit bewieſene vorſetzliche Widerſpänſtigkeit der rückſtändigen Contributionsbeyträge derſelben einzuliefern verhindert worden,

fol. 80. *ſqq. actor.*

4 auch b) im gegenwärtigen Fall Kläger von Beklagten aus dem angeführten Securitätsvergleich dieſen Vorſchuß um ſo weniger zu verlangen vermöchten, da Kläger die ihnen vermöge des §. 3. deſſelben

fol. 4. *b. actor.*

obligende Verbindlichkeit, Beklagten in Beytreibung der Contributionsrückſtände von ihren widerſpänſtigen Hinterſaſſen nachdrücklich beyzuſtehen, nicht erfüllet, und daher, ehe und bevor ſolches gebührend geſchehen, bekannten Rechten nach von Beklagten eine Erfüllung dieſes Vergleichs nicht verlangen könnten,

arg. L. 13. §. 8. *D. de act emt. vend.*

ZANGER *de except. Part.* 3. *cap.* 22. *n.* I. *ſqq.*

5 allenfalls auch c) den Beklagten die Rechtswohlthat der Ordnung zuſtehen, und den Klägern obliegen würde, ſich zuförderſt an die Hinter-

terſaſſen der Beklagten zu halten, und von denſelben, da ſie zu bezahlen vermögend, die rückſtändigen Contributionsbeyträge zu fordern;

Nov. 4. *c.* 1.

Und dann aus ſolchen Gründen, daß anders, als geſchehen, zu erkennen geweſen, es das Anſehen gewinnen möchte;

Dennoch aber und dieweil die von Beklagten den Klägern entgegen geſetzten Einreden durchgehends von keiner Erheblichkeit ſind,

immaßen ad 1) die behauptete Litispendenz im gegenwärtigen Fall 6
unerfindlich iſt, anerwogen, wenn gleich Kläger gegen die von den Beklagten in der W. und B. Rechtsſache verſuchten Litisdenunciation ſich durch eine aus der jetzt im Streit befangenen Schuldigkeit der Beklagten hergenommene Einrede zu ſchützen geſucht, dennoch daraus wegen der jetzt eingeklagten Schuldforderung eine Litispendenz den Rechten nach nicht entſtehen mögen, indem a) die Litispendenz bloß durch eine wegen einer Sache erhobene förmliche Klage, und darauf erkannte und ausgefertigte Ladung,

clement. 2. *vt lite pendente*

keinesweges aber durch eine bloße Provocation zu einem Rechtsſtreit oder zur Theilnehmung an demſelben bewirket werden mag,

GAIL. *Lib.* I. *obſ.* II. *n.* 3. *ſqq.*

ZANGER *de except. Part.* 2. *cap.* 13. *n.* 14. *ſqq.*

ferner b) die gegenwärtige Rechtsſache von den angeführten Litisdenunciationen den Zweck nach gänzlich verſchieden, und daher keinesweges für einerley Sache zu halten, da Kläger gegen die geſchehenen Litisdenunciationen ſich bloß durch eine aus der Beklagten Schuldigkeit hergenommene Einrede zu ſchützen geſucht, und nicht, wie jetzt geſchehen, klagend verlanget, daß Beklagte zur Erfüllung ihrer Schuldigkeit den Vorſchuß der Contributionsrückſtände für ihre Hinterſaſſen zu thun, angehalten werden ſollen, nam excipiendo non agimus, ſed repellimus ſaltem agentem,

c. 2. *X. de ordin. cognit.*

ZANGER *loc. cit. n.* 21.

7 und daher c) Kläger das ihnen aus der Schuldigkeit der Beklagten
zuſtehende Recht, zu klagen und die wirkliche Leiſtung des Vorſchuſſes
zu verlangen, durch die aus derſelben den Litisdenunciationen entgegen
geſetzte Schutzrede um ſo weniger verlieren mögen, da ſogar in Geſetzen
eine ſchon eingeklagte Forderung in einer anderen Sache zur Schutz-
rede zu gebrauchen verſtattet wird;

L. 8. D. de compenſat.

BOEHMER *introd. in ius Dig. eodem §. 12.*

Hiernächſt 2) die ad litis ingreſſum impediendum vorgeſchützten zer-
ſtöhrlichen Einreden gleichfalls im geringſten nicht gegründet ſind, an-
geſehen a) was die Haupteinrede anbelanget, daß der Kläger Suchen
überhaupt nicht ſtatt habe, weil vermöge des §. 2. des

fol. 3. ſeqq. actor.

beygebrachten Securitätsvergleichs die Gerichtsherren für ihre Hinter-
ſaſſen den Vorſchuß zu thun nicht ſchlechtweg, ſondern blos unter der Be-
dingung verbunden, wenn die Hinterſaſſen die Contributionen abzutragen
8 unvermögend ſeyn ſollten, dieſe Einrede α) den deutlichen Worten des
angeführten §. 2. mehrgedachten Securitätsvergleichs widerſpricht, wo die
mit Unterthanen verſehene Herren von der Ritterſchaft verſprochen:
„nicht nur dahin zu ſehen, daß die auf ihre Unterthanen und Forenſen
„repartirten Summen jedesmal zu geſetzter Zeit angeſchafft wer-
„den, ſondern auch auf dem Fall, wenn ſolches wider Verhoffen nicht
„geſchehen könnte, dieſerhalb wie bey anderen Landescontributionen den
„Vorſchuß zu thun, und ſich deſſentwegen an ihre Unterthanen und
„Forenſen hinwieder zu halten;" einfolglich durch dieſe Worte ſich un-
widerſprechlich verbunden, für ihre Unterthanen die auf ſelbige vertheil-
ten Contributionsſummen jederzeit in dem Fall vorzuſchießen, wenn ſie
ſolche von denſelben zu geſetzter Zeit nicht anſchaffen könnten, welcher
allgemeine Fall nicht blos den Fall des Unvermögens, ſondern auch na-
türlich der Widerſpänſtigkeit unter ſich begreift, mithin cum caſus ge-
neraliter expreſſus omnes ſpeciales ſub ſe comprehendat,

arg. L. 1. §. 3. D. de aleat.

L. 9. C. de heredit. vel act. vend.

auf

auf dem bloßen Fall des Unvermögens um ſo weniger einzuſchränken, da von Unterthanen die Rede iſt, an welche der Gerichtsherr wegen des gethanen Vorſchuſſes ſich ſoll erholen können;

Auch β) dieſe Einrede offenbar der Abſicht widerſtreitet, welche die 9
Ritterſchaft bey Errichtung des angeführten Securitätsvergleichs gehabt, als welche dahin gegangen, durch eine ohnfehlbare von jedem Gerichtsherrn zu geſetzter Zeit geſchehene Einlieferung der vertheilten Contributionen, ſie mögen von den Hinterſaſſen erlegt worden ſeyn, oder nicht, den Credit der Ritterſchaft in völlige Sicherheit zu ſetzen, einfolglich es gar keinem gegründeten Zweifel unterworfen ſeyn mag, daß die von Klägern angeſtellte Klage allerdings gegründet, und Beklagte den geforderten Vorſchuß ſchlechtweg zu leiſten verbunden,

gleichergeſtalt b) die Einrede, daß Kläger die ihnen obliegende Ver- 10
bindlichkeit den Beklagten in Beytreibung der Contributionsrückſtände nachdrücklich beyzuſtehen, gebührend nicht erfüllet, um ſo weniger eine Aufmerkſamkeit verdienen mag, je weniger die Kläger in mehrgedachtem Securitätsvergleich auf den Fall der Widerſpännſtigkeit der Unterthanen zu irgend einem Beyſtand ſich verbindlich gemacht, und was daſelbſt §. 3.

fol. 4 *b. actor.*

verſprochen worden, ausdrücklich blos den Fall betrifft, wenn etwa Forenſen durch eine höhere Macht von den auf ſie vertheilten Beyträgen befreyet werden ſollten, von welchem Fall gegenwärtig nicht die Rede iſt; nicht zu gedenken, daß Beklagte nicht in Abrede ſtellen mögen, daß Kläger ſich zu ihrem Beſten wirklich verwandt, und die Beytreibung der rückſtändigen Contributionsbeyträge zu befördern geſucht;

fol. 127. *actor.*

endlich c) auch die vorgeſchützte Einrede der Rechtswohlthat der Ordnung den Beklagten nicht zu ſtatten kommen mag, indem, wenn auch 11
dieſe Einrede daher, daß ſie bey der Einlaſſung auf die Klage nicht angebracht worden, für verloren nicht gehalten werden möchte, dennoch eineſtheils dieſelbe dem Sinn und Zweck des Securitätsvergleichs vom 23. Octob. 1761, nach welchem die Bezahlung der Contributionsbeyträge zur beſtimmten Zeit ohnfehlbar erfolgen ſoll, offenbar widerſtreitet, ſo wie bekannten Rechten nach dieſelbe bey einer jeden Ueberneh-

mung einer fremden Schuld ſodann wegfällt, wenn der Uebernehmer derſelben zu einer beſtimmten Zeit zu bezahlen ſich anheiſchig gemacht,

HVBER *prael. ad Dig. Tit. de pecun. conſtit.* §. 5.

anderntheils die Kläger von den Hinterſaſſen der Beklagten die Bezahlung der Contributionsrückſtände nicht ſo leicht, als von den Beklagten den ſchuldigen Vorſchuß erhalten möchten;

Einfolglich bey ſo bewandten Umſtänden, da die von Klägern erhobene Klage durch die von den Beklagten anerkannten Urkunden vollkommen begründet worden, und die dagegen vorgeſchützten Einreden von allem Schein des Rechts entblößet ſind, Beklagte mit der Erſtattung der den Klägern verurſachten Koſten nicht verſchonet werden mögen;

Als ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, zu erkennen bewogen worden.

CONSILIVM LXVII.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Qui in diuiſione haereditatis extraiudiciali perperam inſtituta plus iuſto alteri conceſſit, detecto errore, quod plus iuſto alter adcepit, condictione indebiti vel ſine cauſſa repetit.

II. Renunciatio exceptionis laeſionis erroris, in ſpecie erroris calculi, raro vſum habere; immo vt plurimum aliquam fraudis ſuſpicionem excitare, docetur.

III. Qui condictione indebiti pecuniae ſummam repetit, vſuras exigere nequit.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.

Quaeſtio prima. n. 2.

Ad inſtituendam aequalem diuiſionem non praeciſe opus eſt, vt ante omnia de quantitate totius maſſae diuidendae conſtet. n. 3. et n. 5.

Si vnus coheredum in immobilibus plus prae altero in diuiſione adcepit, aequum eſt, vt in mobilibus id, quod plus adcepit, alteri refundat. n. 4.

Si id agitur, vt partes, quarum vna maior altera minor ad aequalitatem redigantur, non tota differentia maioris partis ad minorem eſt transferenda; ſi quidem ſic eadem quae ante erat inaequalitas mutato tantum loco manet; ſed dimidia differentia a parte maiore ſubtracta minori eſt addenda. n. 6.

Summa pecuniae, quam alter cohaeredum ex maſſa communi percepit, non tamquam aes alienum alteri cohaeredum ſoli debitum poteſt conſiderari. n. 7.

Deciſio quaeſtionis primae. n. 8.

Quaeſtio ſecunda. n. 9.

Iterum iterumque adgnita diuiſio an querelam contra eam perperam factam excludat; quaeritur et negatur. n. 10. et n. 14.

Renunciatio exceptionis laeſionis, erroris, in ſpecie calculi an perperam factam diuiſionem ſuſtineat quaeritur et negatur. n. 11. n. 15. et n. 18.

Aequa-

Aequalitatem in dato diuiſionis caſu intenderunt partes. n. 12.
Error conſenſum excludit. n. 13.
Qui ſciens alterum in diuiſione laedit, dolum ex propoſito, qui inſciens quidem, ſed comperta laeſione eam corrigere non vult, dolum ex re comittit. n. 16.
Nimiae pacto additae renunciationes exceptionum praeſumtionem fraudis faciunt. n. 17.
Deciſio quaeſtionis ſecundae. n. 19.
Quaeſtio tertia. n. 20.
Dantur ICti, qui per condictionem indebiti etiam vſuras ſummae indebite ſolutae peti poſſe ſtatuunt. n. 21.
Quarum ſententia refellitur. n. 22.
Vſurae indebite ſolutae ſortem ſtatim minuunt. n. 23.
Deciſio quaeſtionis tertiae. n. 24.
Computi reſponſo illuſtrando inſervientes. n. 25.

Als uns eine Geſchichtserzählung mit Anlagen ſub Nr. 1. 2. 3. 4. nebſt angehängten Rechtsfragen zugeſendet, und wir darüber unſer in Rechten gegründetes Gutachten zu ertheilen gebeten worden;

Demnach erachten wir nach fleißiger deren Verleſung und gemeinſchaftlich gepflogener Erwegung den Rechten gemäß zu ſeyn:

1 Haben die Herren Gebrüder Chriſtian und Ernſt Auguſt von S. vermittelſt eines unter dem 11. Iul. 1752 errichteten Theilungsreceſſes die ihnen zugehörigen Stamm- Erb- und angekauften Güter dergeſtalt unter ſich vertheilet, daß A) der ältere Bruder Chriſtian von S.

1) das Gut St. für - -	10,455 Rthlr.	36 Gr.
2) das Gut F. für - -	18,862 Rthlr.	36 Gr.
3) das halbe Gut F. für -	11,040 Rthlr.	45 Gr.
Mithin dieſe 3 Güter für -	40,358 Rthlr.	45 Gr.

und B) der jüngere Bruder Ernſt Auguſt von S.

1) das Gut S. für - -	37,758 Rthlr.	24 Gr.
2) die R. Güter für - -	17,584 Rthlr.	
mithin dieſe Güter für - -	55,342 Rthlr.	24 Gr.

angenommen, und dabey verabredet, daß der jüngere Bruder den Unterſcheid des Werths der auf ſothane Weiſe getheilten Güter von

14,983

14,983 Rthlr. 51 Gr. zur Ergänzung und Vergleichung der dem älteren gebührenden Hälfte der erbſchaftlichen Maſſe, dem älteren vergüten und auszahlen ſolle, auch dieſen Theilungsreceß mit ausdrücklicher Entſagung aller und jeder ihnen dagegen zuſtehenden Einreden, beſonders der Verletzung im Kleinen Groſſen und Allergrößten, des nicht völlig erlangten Erbtheils, und des erroris calculi dergeſtalt bekräftiget, daß keinem Theile frey ſtehen ſolle, aus welchem Fundament es auch ſeyn könnte, einige praetenſiones dawider zu machen, ſondern dieſer Erbververgleich, wie er wörtlich verfaſſet, die Kraft eines abgeurtheilten Rechts je und alle Wege haben ſolle, bey adelichen wahren Worten Treu und Glauben.

Iſt hierauf zum Behuf der dem älteren Bruder verſprochenen Bezahlung des gedachten Unterſcheids von 14,983 Rthlr. 51 Gr. in einer unter dem 16. Mart. 1753 errichteten Punctation feſtgeſetzet worden, a) daß der ältere Bruder die ſämmtliche ſichere ausſtehende Capitalien von 6,450 Rthlr. 49 Gr. annehmen, b) daß derſelbe die Summe von 3165 Rthlr. 22 Gr. 3 Pf., welche er nach Inhalt der Rechnung für ſich mehr als der jüngere Bruder empfangen und genoſſen, behalten, c) daß der jüngere die von dem älteren an den Gerichtsverwalter M. geſchenkten 2200 Rthlr. übernehmen, und d) wegen des ſodann an der Summe von 14,983 Rthlr. 51 Gr. noch fehlenden Reſtes von 3167 Rthlr. 51 Gr. 2 Pf. dem älteren eine Schuldverſchreibung ausſtellen, und dieſe Summe bis zu einem nach halbjähriger Loskündigung geſchehenen Abtrag mit 4 von Hundert verzinſen ſolle. Iſt aber wegen der beyden letzten Puncte in einem nachfolgenden Receß vom 7. Ian. 1756 die Aenderung getroffen worden, daß, da die aus der Schenkung des älteren herrührende und von dem jüngeren übernommene Schuld nur 2000 Rthlr. betragen, die vorher noch darzu gerechneten 200 Rthlr. der Schuldverſchreibung einverleibet, und ſolche daher auf 3,367 Rthlr. 51 Gr. 2 Pf. ausgeſtellet werden müſſen, welche Schuldverſchreibung auch von dem jüngeren Bruder wirklich ausgeſtellet, und das darinn beſtimmte Capital bis im Jahr 1764 oder 1765 verſprochenermaßen verzinſet worden.

Als nun in dieſem Jahr der jüngere Bruder behauptet, daß in der angeführten Theilung zu ſeinem großen Nachtheil ein merklicher Irrthum begangen worden, indem a) das ganze zu theilende Vermögen

α) an Landgütern	– –	95,700 Rthlr.	69 Gr.
β) an ſicheren Capitalien	–	6,450 Rthlr.	49 Gr.
mithin zuſammen	– –	102,150 Rthlr.	46 Gr.

betragen, und b) der ältere Bruder davon für ſeinen Antheil die Hälfte, nämlich 51,075 Rthlr. 59 Gr. zu fordern gehabt, dagegen aber c)

α) an Landgütern	–	40,358 Rthlr.	45 Gr.	
β) an Capitalien	–	6,450 Rthlr.	49 Gr.	
γ) an mehr empfangenen Geldern		3,165 Rthlr.	22 Gr.	3 Pf.
δ) an übernommenen Donations-Geldern	– –	2,000 Rthlr.	–	–
folglich die Summe von	–	51,974 Rthlr.	44 Gr.	3 Pf.

wirklich erhalten, dannenhero über die ihm gebührende Hälfte bereits 898 Rthlr. 57 Gr. 3 Pf. zu viel bekommen, mithin derſelbe dieſe indebite erhaltene Summe nebſt der gleichfalls indebite ausgeſtellten Schuldverſchreibung über einen vermeinten Reſt von 3,367 Rthlr. 51 Gr. 3 Pf. herauszugeben ſchuldig; hat der ältere Bruder zur verlangten Abſtellung dieſes behaupteten Irrthums ſich nicht verſtehen wollen, vielmehr nach dem im Sept. 1773 erfolgten Abſterben des jüngeren Bruders gegen die Frau von S. als Vormünderin deſſen nachgelaſſener Kinder, im Sept. 1774. bey der Juſtitzcanzley zu St. auf die rückſtändigen Zinſen geklaget, und erhalten, daß ſelbige durch ein Decret vom 6. Sept. 1775. zur Bezahlung derſelben, wie auch der Koſten vertheilet worden, wodurch die Frau von S. ſich genüſſiget geſehen, gegen den älteren Herrn von S. beym Hofgerichte zu St. wegen der zu viel bezahlten Gelder condictionem indebiti anzuſtellen, und entſtehen daher folgende Fragen:

Erſte

Erſte Frage:

Ob nicht der Irrthum, wodurch der jüngere Herr von S. im 2
§. IV. des Theilungsvergleichs vom 11. Jul. 1752 den Ueberſchuß des Werths der ihm zugefallenen Güter von 14,983 Rthlr. 51 Gr. als eine an ſeinen Bruder zu bezahlende Schuld anzuerkennen bewogen worden, ganz evident?

Ob nun wohl 1) abſeiten des älteren Herrn von S. behauptet werden möchte, daß die in dem Theilungsvergleich vom 11. Jul. 1752. verabredete Vertheilung des gemeinſchaftlichen Vermögens nach ganz richtigen Grundſätzen geſchehen, anerwogen a) zum Zweck einer richtigen Thei- 3
lung es keinesweges nothwendig iſt, daß zuförderſt die Summe des ganzen gemeinſchaftlichen Vermögens feſtgeſetzet, und dadurch der einem jeden gebührende Antheil beſtimmet wird, ſondern eine richtige Theilung ohne vorher beſtimmte Summe des Ganzen gar füglich auf die von den beyden Brüdern beliebte Weiſe geſchehen kann, daß jeder gleich gewiſſe Hauptſachen zu einem beſtimmten Werth zugeſchlagen erhält, und derjenige, deſſen erhaltene Sachen mehr betragen, dem anderen dieſen Ueberſchuß billig vergütet, wie aus der dieſem Gutachten ſub Nr. III. beygefügten Berechnung erhellet,

und b) da bey der auf dieſe Weiſe vorgenommenen Theilung die von 4
dem jüngeren Bruder erhaltenen Landgüter 14,983 Rthlr. 51 Gr. mehr als die Güter des älteren betragen, es zur Erhaltung der Gleichheit nothwendig geweſen, daß dem älteren dieſer Unterſcheid von dem jüngern aus der Erbſchaft völlig vergütet worden, folglich der jüngere durch geſchehene Anerkennung dieſer Schuldigkeit ſich zu nichts verbunden, als worzu er nach der Natur der Theilung für ſchuldig zu halten;

Hiernächſt 2) ab Seiten der Erben des jüngeren Herrn von S. behauptet werden will, daß, da das ganze gemeinſchaftliche Vermögen nur zuſammen 102,151 Rthlr. 46 Gr. betragen, wovon die jedem gebührende Hälfte 51,075 Rthlr. 59 Gr. ausmacht, und der ältere Bruder auf ſeinen Antheil, auſſer den in der Schuldverſchreibung verſprochenen 3,367 Rthlr. 51 Gr. 3 Pf., bereits 51,974 Rthlr. 44 Gr. 3 Pf., wirklich erhalten, nicht nur dieſe Schuldverſchreibung indebite ausgeſtellet worden, ſondern auch die über die wahre Hälfte bereits bezahlten 898 Rthlr. 57 Gr. 3 Pf. als ein wirkliches indebitum anzuſehen;

 Dennoch

5 Dennoch aber und dieweil 1) was die im mehrgedachten Erbvergleich
von den beyden Brüdern vorgenommene Theilung des gemeinſchaftlichen
Vermögens anbetrifft, wenn gleich dieſelbe daher keiner Unrichtigkeit zu
beſchuldigen, daß einestheils ohne vorher feſtgeſetzte Summe jedem
gleich gewiſſe Güter zu beſtimmten Preiſen angewieſen, anderntheils
der jüngere Bruder für verbunden erkläret worden, den Uberſchuß des
Werths ſeiner Güter von 14,983 Rthlr. 51 Gr. dem älteren billig zu
6 vergüten, dennoch dieſelbe in Anſehung der Art und Weiſe, wie ſo-
thane Vergütung beliebet worden, gegen die bekannteſten Regeln einer
gleichen Theilung läuft, angeſehen zwar, in ſo fern dieſer Ueberſchuß
durch andere in der Erbſchaft befindliche noch ungetheilte Güter völlig
hätte vergütet werden können, wenn nämlich die Erbſchaft wenigſtens
das Doppelte des Werths der dem jüngeren überlaſſenen Güter betra-
gen hätte, der jüngere allerdings verbunden geweſen wäre, dieſelben
dem älteren zur völligen Vergütung dieſes Ueberſchuſſes zu überlaſſen,
allein, in ſo fern dieſe Vergütung durch Ueberlaſſung anderer gemein-
ſchaftlichen Güter nicht geſchehen mögen, ſondern aus bereits zur Thei-
lung gebrachten Gütern bezahlt werden ſollen, wie im gegenwärtigen
Fall, vermöge der ſub Nr. II. und Nr. III. beygelegten Berechnung, es
durch die ſicheren Capitalien nebſt den von den älteren zum voraus er-
haltenen Geldern nur auf eine Summe von 9,615 Rthlr. 71 Gr. 3 Pf.
geſchehen können, und daher noch ein Unterſcheid von 5,367 Rthlr.
51 Gr. 2 Pf. geblieben, dieſer im Erbtheil des jüngeren gebliebene
Ueberſchuß zum Zweck der geſuchten Gleichheit beyder Erbtheile dem
älteren ohnmöglich ganz, ſondern nur zur Hälfte aus der Erbportion
des jüngeren bezahlt werden können, da bekanntermaßen zwey Theile
eines Ganzen, die ungleich ſind, durch die Hälfte des Unterſcheids, ſo
vom größeren genommen und zum kleineren geſetzt worden, eine Gleich-
heit erhalten, hingegen, wenn der ganze Unterſcheid vom größeren ge-
nommen und zum kleineren geſetzt worden, eben ſo ungleich bleiben,
und bloß der größere Unterſcheid eine andere Stelle erhält;

7 Hiernächſt 2) die von den Erben des jüngeren Herrn von S. angege-
bene Berechnung anlangend, in derſelben die 3,165 Rthlr. 22 Gr. 3 Pf.,
welche der ältere Bruder vermöge des §. 3. der Punctation vom
16. Mart. 1753 mehr, als der jüngere, laut Abrechnungen aus den

Gütern

Gütern erhalten, irriger Weiſe als eine Schuld, welche der ältere nicht an die gemeine Erbſchaft als einen Theil derſelben, ſondern bloß an den jüngeren ſchuldig geweſen, angeſehen, und aus dieſer Urſache nicht zur Summe des ganzen Vermögens gerechnet worden, da doch dieſe aus der gemeinen Erbſchaft gehobenen Gelder nothwendig als ein darzu gehöriges conferendum zu betrachten, und vom älteren durch eine wirkliche Collation darzu in natura gelegt werden mögen, dannenhero vermöge der dieſem Gutachten ſub Nr. I. beygelegten Berechnung durch dieſe conferenda die Summe des ganzen Vermögens ſo weit vermehret wird, daß ſolche 105,316 Rthlr. 68 Gr. 3 Pf. beträgt, wovon die dem älteren gebührende Hälfte 52,658 Rthlr. 34 Gr. $1\frac{1}{2}$ Pf. ausmacht auf welche derſelbe

a) an Landgütern	– –	40,358 Rthlr. 45 Gr.
b) an Capitalien	– –	6,450 Rthlr. 49 Gr.
c) an conferendis	– –	3,165 Rthlr. 22 Gr. 3 Pf.
d) an Donationsgeldern	–	2,000 Rthlr.
mithin zuſammen	– –	51,974 Rthlr. 44 Gr. 3 Pf.

erhalten, und daher ſelbiger von ſeinem Bruder noch einen Rückſtand von 683 Rthlr. 61 Gr. $3\frac{1}{2}$ Pf. mit Recht zu fordern gehabt, keinesweges aber an denſelben den vorgegebenen Ueberſchuß von 898 Rthlr. 57 Gr. 3 Pf., welcher mit dem Rückſtand zuſammen genommen die Hälfte der ihm gebührenden conferendorum ausmacht, zu bezahlen ſchuldig;

Als ſind wir der rechtlichen Meinung:

Daß der Irrthum, wodurch der jüngere Herr von S. im §. IV. des Theilungsvergleichs vom 11. Iul. 1752 den Ueberſchuß des Werths der ihm zugefallenen Güter von 14,983 Rthlr. 51 Gr. als eine an ſeinen Bruder zu bezahlende Schuld anzuerkennen bewogen worden, zwar evident, allein der jüngere nicht von dem älteren einen angegebenen Ueberſchuß von 898 Rthlr. 57 Gr. 3 Pf. zu fordern, ſondern vielmehr demſelben noch einen wirklichen Rückſtand von 683 Rthlr. 61 Gr. $3\frac{1}{2}$ Pf. ſchuldig geblieben, dannenhero in der auf 3,367 Rthlr. 51 Gr. 2 Pf. ausge- 8

 ſtellten

ſtellten Schuldverſchreibung nicht die ganze Summe, ſondern bloß 2,683 Rthlr. 61 Gr. $3\frac{1}{2}$ Pf. indebite zu zahlen verſprochen.

Zweyte Frage:

9 Ob die von den Erben des jüngern Herrn von S. gegen den älteren Herrn von S. angeſtellte condictio indebiti durch den Theilungsvergleich vom 11. Iul. 1752 §. 25. und durch die darinn enthaltene Entſagung der Einrede der Verletzung, des nicht völlig erlangten Erbtheils und des erroris calculi, wie auch durch die daſelbſt befindliche Clauſel, daß dieſer Erbtheilungsvergleich die Kraft eines abgeurtheilten Rechts haben ſolle, elidiret und ausgeſchloſſen werden könne?

Ob nun zwar ab Seiten des älteren Herrn von S. behauptet werden möchte, daß, wenn gleich ſein jüngerer Bruder im mehrgedachten Theilungsvergleich durch den in Berechnung der Hälfte zum Grunde gelegten irrigen Grundſatz an dem demſelben gebührenden Erbtheil wirklich um 2,683 Rthlr. 61 Gr. $3\frac{1}{2}$ Pf. verkürzet worden, dennoch demſelben und nunmehro deſſen Erben keinesweges die Befugniß zuſtehe, gegen den klaren Inhalt des Theilungsvergleichs auf eine zu leiſtende Vergütung der geſchehenen Verkürzung condictione indebiti zu klagen,

10 angeſehen 1) der jüngere Bruder nicht allein die nach dieſem Grundſatz geſchehene Theilung einmal angenommen und gut geheiſſen, mithin dieſelbe nicht weiter anfechten mögen, cum, quod ſemel probatum, amplius reprobari nequeat,

L. 9. D. de negot. geſt.

et quod ſemel placuit, non amplius diſplicere poſſit,

c. 21. de reg. iur. in 6.

ſondern auch über eine dieſe Theilung nachher zu wiederholten Malen, als in der Punctation vom 16. Mart. 1753 und in dem Receß vom 7. Ian. 1756 ratihabiret, durch welche wiederholte Genehmigung alle Vermuthung einer Uebereilung ausgeſchloſſen worden;

arg. L. 22. C. ad SCt. Velleian.

arg. c. 5. C. 2. qu. 3.

Hier-

Hiernächſt 2) der jüngere Bruder in den Theilungsvergleich §. 25. 11
ſich des Rechts, dieſe Theilung aus angeführter Urſache anzufechten, und daher eine Vergütung einer etwa geſchehenen Verkürzung zu fordern, ausdrücklich begeben, indem er daſelbſt namentlich der Einrede einer Verletzung, des nicht völlig erlangten Erbtheils, des erroris calculi entſaget, und verſprochen, daß dieſer Erbtheilungsvergleich die Kraft eines abgeurtheilten Rechts haben ſolle, dannenhero die gegen dieſe deutliche Entſagungen angeſtellte condictio indebiti um ſo weniger für gegründet zu halten, je mehr bekannten Rechten nach eine geſchehene freywillige Entſagung eines Rechts als kräftig anzuſehen, cum quilibet iuri ſuo renunciare poſſit,

L. 29. C. de pact.

et ad iura renunciata non detur regreſſus,

L. 14. §. 9. D. de aedilit. edict.

atque ſatis abſurdum ſit, redire ad hoc, cui renunciandum putauit,

L. 11. C. de reb. cred.

und daher auch nach der Meinung bewährter Rechtsgelehrten ſowohl die Entſagung der Einrede des erroris calculi,

SCHMIDII *Diſſ. de errore calculi cap.* 8. §. 1. *in* ZANGER. *Tract. de except. Part.* 2. *pag.* 1131.

als auch die Entſagung der condictionis indebiti für verbindlich zu achten,

WESTENBERG *princip. iur. ſec. Dig. Tit. de condict. indeb.* §. 25. *n.* 6.

und als eine auf allen Fall geſchehene Schenkung anzuſehen;

L. 53. D. de reg. iur.

Dieweil aber dennoch 1) aus dem mehrgedachten Erbtheilungsver- 12
gleich offenbar erhellet, daß die Abſicht der Herren Gebrüder von S. bey der vorgenommenen Theilung dahin gegangen, die genaueſte Gleichheit bis auf Groten und Schwaren unter ſich zu beobachten, und im geringſten nicht mit einigem Verluſt dem anderen einen Vortheil zu laſſen;

11 Auch 2) daher unleugbar iſt, daß der jüngere Bruder nicht anders gewußt und geglaubt, als daß durch Anwendung des in der Theilung angenommenen irrigen Grundſatzes die ihm gebührende Hälfte vollkommen richtig beſtimmt und er in Anſehung derſelben im geringſten nicht verkürzet worden;

Mithin 3) es gar keinem Zweifel unterworfen, daß er bloß in dieſer Meinung, folglich durch einen unleugbaren Irrthum bewogen, nicht allein den gemeldeten Erbtheilungsvergleich eingegangen, und denſelben durch die Punctation vom 16. Mart. 1753, imgleichen durch den Receß vom 7. Ian. 1756 beſtätiget, ſondern auch ohne Bedenken im Theilungsvergleich den Einreden der Verletzung, des nicht völlig erlangten Erbtheils, und des erroris calculi, die er ſeiner Meinung nach gegen dieſe Theilung nicht nöthig gehabt, entſaget, und daß dieſer Vergleich die Kraft eines abgeurtheilten Rechts haben ſolle, verſprochen;

13 Ferner aber 4) es ohnſtreitigen Rechtens, daß nicht nur der Irrthum überhaupt die Einwilligung ausſchließet, und in ſo fern jemand irret, er dasjenige, was er aus Irrthum gewollt hat, keinesweges will, non videntur, qui errant, conſentire,

L. 116. *§.* 2. *D. de reg. iur.*

quia nulla voluntas errantis eſt,

L. 20. *D. de aqua et aquae pluu.*

ſondern auch beſonders ein Irrthum in der Rechnung ſowohl eine Nichtigkeit eines gerichtlichen Erkenntniſſes,

L. 1. *§.* 1. *D quae ſententiae ſine appell.*

als auch eines Vertrages wirket, wenn er auch gleich ſollte wiederholt worden ſeyn;

L. vn. C. de error. calculi.

14 Daher 5) nicht allein der von dem jüngeren Bruder eingegangene Theilungsvergleich, nebſt den erfolgten Beſtätigungen, in ſo fern der bemerkte Irrthum in der Rechnung darinn zum Grunde geleget worden, für ungültig zu achten, und nach dem

L. 3. *C. comm. vtriusque iud.*

als

als eine perperam facta diuiſio anzuſehen, ſondern auch alle dem Vergleich angehängte Entſagungen der angeführten Einreden der Verletzung, des nicht völlig erhaltenen Erbtheils, und des erroris calculi, als aus gleichem Irrthum geſchehen, nicht von der geringſten Wirkung seyn mögen, da auch eine aus Irrthum geſchehene Entſagung einer Einrede von keiner Gültigkeit iſt,

L. 15. D. de iurisdict.

et omnia, quae animi deſtinatione agenda ſunt, non niſi vera et certa ſcientia perfici poſſunt;

L. 76. D. de reg. iur.
L. 57. D. de oblig. et act.

Auch 6) aus dieſen Gründen in Rechten ausdrücklich verſehen, daß 15
eine ausdrückliche Entſagung weiterer An- und Zuſprüche nicht weiter, als wirklich die Abſicht des Entſagenden gegangen, zu deſſen Nachtheil ausgedehnet,

L. 47. §. 1. D. de pact.
L. 24. C. de transact.

und wenn auch bey einer Abrechnung in der irrigen Meinung, daß ſolche richtig, der condictioni indebiti entſaget worden, dieſelbe dadurch nicht ausgeſchloſſen werden ſoll;

L. 67. §. 3. D. de condict. indeb.

Weniger nicht 7) der ältere Bruder, ſo wie er, wenn er dieſen 16
Irrthum vom Anfang an gewußt hätte, einen dolum ex propoſito begangen haben würde, nachdem er dieſen Irrthum und den daraus entſtandenen Schaden ſeines Bruders eingeſehen, einen dolum ex re begehen würde, wenn er dieſe unbillige Verletzung abzuſtellen ſich weigerte,

L. 2. §. 3. D. de doli mali et met. except.

nicht zu gedenken, daß die dem Theilungsvergleich angehängten vielen 17
Entſagungen und Clauſeln ſchon eine gerechte Vermuthung einer Gefährde wirken;

MASCARD *de probat. Concl. 531. n. 3.*
STRYK *Diſſ. de iure Princip. circa rationes ciuit. cap. 6. n. 21.*

18 Ueberdem 8) die Einrede des erroris calculi von der Beſchaffenheit iſt, daß ſie ſo wenig durch ein gerichtliches Erkenntniß als durch einen Vergleich ausgeſchloſſen werden mag, wenn nicht hauptſächlich über dieſen Irrthum erkannt oder der Vergleich errichtet worden, erroris calculi exceptionem nec res iudicata nec transactio impedit, niſi ſuper ipſo calculo facta,

L. vn. C. de errore calculi.

MEVIUS *Part.* 4. *dec.* 300.

Auch daher 9) die Entſagung dieſer Einrede, ſo wie die Entſagung der Einrede des nicht bezahlten Geldes,

HARTM. PISTOR. *Part.* 4. *qu.* 12. *n.* 4.

oder auch der Gefährde in einem Contract,

WERNHER *Part.* 10. *obſ.* 285.

überhaupt als aus Irrthum geſchehen und nichtig angeſehen wird, licet debitor exceptioni erroris calculi expreſſe renunciauerit, nihilominus regreſſus ad hanc ipſi datur,

CARPZOV. *Proc. Tit.* 22. *art.* 3. *n.* 41.

wenn nicht gezeiget werden kann, daß der Entſagende dieſen Irrthum in der Rechnung wirklich vermuthet, und bey dieſer Vermuthung auf den Fall, wenn er ſollte begangen ſeyn, die überlegte Abſicht gehabt, dem anderen dasjenige, was dieſer dadurch indebite erhalten, wohlbedächtlich zu ſchenken, von welchem Fall die in den Zweifelsgründen angeführte Rechtslehrer zu verſtehen, der aber jetzt ſo wenig eintritt, daß ſelbſt die Größe der verrechneten Summe nicht einmal eine gültige auſſergerichtliche Schenkung zuläßt;

L. 36. *§.* 3. *C. de donat.*

Als halten wir in Rechten dafür:

19 Daß die Erben des jüngeren Herrn von S. dasjenige, worum dieſer in der Theilung durch den begangenen Irrthum verkürzt worden, von dem älteren Herrn von S. durch die angeſtellte condictio-

dictionem indebiti zurückzufordern, allerdings befugt, und dieſe Klage durch die in dem Theilungsvergleich enthaltenen Entſagungen der Einreden keinesweges für ausgeſchloſſen zu halten.

Dritte Frage:

Ob durch die condictionem indebiti auch die Zinſen von den in- 20
debite bezahlten Geldern gefordert werden können;

Ob nun zwar 1) nicht geleugnet werden mag, daß der ältere Herr von S. die ihm indebite bezahlten Gelder in ſeinen Nutzen verwandt, und dadurch einen Vortheil erhalten, der dem jüngeren Herrn von S. und deſſen Erben entgangen, welcher nach dem geſetzlichen Werth des Nutzens des Geldes zu 5 von hundert geſchätzet werden kann, und daher gefolgert werden möchte, daß nach der bekannten Rechtsregel, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri debere locupletiorem,

L. 206. D. de reg. iur.

der ältere Herr von S. den Erben des jüngeren dieſen genoſſenen Vortheil durch Bezahlung der Zinſen zu erſtatten verbunden ſey;

Auch 2) bewährte Rechtslehrer behaupten, daß aus dem Grunde 21
der im

Rec. Imp. de ann. 1600. §. 139.

enthaltenen Verordnung die Zinſen des Verzugs von dem Beklagten bey der condictione indebiti allerdings gefordert werden können;

STRYK *uſu modern. Tit. de condict. indeb.* §. 2.

MÜLLER *ad* STRUV. *Exerc.* 18. *th.* 44. *tit.* γ.

Dennoch aber und dieweil 1) die gemeinen Rechte ausdrücklich verordnen, 22
daß bey der condictione indebiti blos das Geld, ſo indebite bezahlet worden, und keinesweges Zinſen davon zu fordern;

L. 1. C. de condict. indeb.

Solche Verordnung auch 2) durch kein Geſetz in Teutſchland aufgehoben worden, indem die im

Rec. Imp. de ann. 1600. §. 139.

befindliche Verordnung blos eine aus einem Darlehn entſtandene Schuld betrifft, und von einem zurückgeforderten indebito nicht redet;

Daher auch 3) bewährte Rechtslehrer der Meinung ſind, daß auch nach heutigem Recht bey dieſer Klage keine Zinſen gefordert werden mögen;

CARPZOV *Part.* 2. *conſt.* 30. *def.* 18.

COCCEII *iur. controu. Tit. de condict. indeb. qu.* 20.

Insbeſondere aber 4) im gegenwärtigen Fall in Betracht kömmt, daß die condictio indebiti als eine condictio incerti nur auf die Befreyung von den indebite verſprochenen 2,683 Rthlr. 61 Gr. 3½ Pf.

L. 3. *D. de condict. ſine cauſſa.*

und als eine condictio certi nur auf die davon bisher zu 4 von hundert bezahlten Zinſen,

L. 26. *pr. D. de condict. indeb.*

nicht aber auf ein überdem indebite bezahltes Capital von 898 Rthlr. 51 Gr. 3 Pf. angeſtellet werden mag;

23 Uebrigens 5) die indebite gezahlte Zinſen auf dasjenige, ſo aus der Schuldverſchreibung von 3,367 Rthlr. 51 Gr. 2 Pf. nach Abzug vorgedachter 2683 Rthlr. 61 Gr. 3½ Pf. reſtiret, mittelſt der ipſo iure eintretenden Compenſation, in Anrechnung gebracht,

L. 26. *pr. D. de condict. indeb.*

hergegen von den gezahlten Zinſen keine Zinſen gefordert werden können;

Als gehet unſere rechtliche Meinung dahin:

24 Daß Zinſen von den indebite gezahlten Geldern durch die angeſtellte condictionem indebiti nicht gefordert werden mögen.

Alles von Rechts wegen.

	rthlr.	gr.	pf.	rthlr.	gr.	pf.
Nr. I. **Erſte Berechnung** das ſämmtliche Vermögen der beyden Herrn Gebrüder von S. beſteht:						
1) in Landgütern nach dem Vergleich vom 11. Iul. 1752 , ,						
a) im Gute St. §. I. , ,	10,455	36	—			
NB. der hier im Anſchlage in exceſſu begangene geringe Irrthum von 21 gr. wird nicht geachtet. , , ,						
b) im Gute F. §. II. , ,	18,862	36	—			
c) im halben Gute F. §. III.	11,040	45	—			
d) im Gute S. §. V. , ,	37,758	24	—			
e) in den R. Gütern §. VI.	17,584	—	—			
NB. der hier im Anſchlage in exceſſu begangene geringe Irrthum von 23 gr. wird nicht geachtet, zumalen da er durch den ad lit. a. begangenen ähnlichen Irrthum bis auf 2 Grote compenſiret wird. , ,						
2) In ſicheren Capitalien nach der Punctation vom 16 Mart. 1753. §. 2. , ,	6,450	49	—			
3) In Geldern, die der ältere Herr von S. nach dem §. 3. dieſer Punctation zu conferiren hat , , ,	3,165	22	3			
Mithin iſt die Summe des ganzen Vermögens , ,	—	—	—	105,316	68	3

Da

	rthlr.	gr.	pf.	rthlr.	gr.	pf.
Da die Hälfte dieſer Summe die Erbportion eines jeden der Herren Brüder ausmacht; ſo gebühren:						
A) dem ältern Herrn von S.	—	—	—	52,658	34	1½
Hierauf hat derſelbe erhalten:						
1) nach dem Vergleich vom 11. Iul. 1752 an Landgütern,						
a) das Gut St. §. I.	10,455	36	—			
b) das Gut F. §. II.	18,862	36	—			
c) das halbe Gut F. §. III.	11,040	54	—			
2) nach der Punctation vom 16. Mart. 1753						
a) an ſichern Capitalien §. 2.	6,450	49	—			
b) an Geldern, die er zu conferiren §. 3.	3,165	22	3			
c) an Donationsgeldern, welche der jüngere für ihn übernommen §. 4.	2,000	—	—			
Mithin zuſammen	—	—	—	51,974	44	3
Folglich hat derſelbe nach Abzug dieſer Summe von der ihm gebührenden Erbportion, von ſeinem jüngern Herrn Bruder noch zu fordern	—	—	—	638	61	3½
B) Des jüngeren Herrn von S. Erbportion beträgt gleichfalls	—	—	—	52,658	34	3½
Hierauf hat derſelbe erhalten nach dem Vergleich vom 11. Iul. 1752						
a) das Gut S. §. V. für	37,758	24	—			
b) die R. Güter §. VI. für	17,584	—	—			
Mithin zuſammen	—	—	—	55,342	24	—

Folg.

	rthlr.	gr.	pf.	rthlr.	gr.	pf.
Folglich hat derſelbe über ſeine Erbportion erhalten , , ,	—	—	—	2683	6	$3\frac{1}{2}$
Von dieſer zuviel erhaltenen Summe hat er an ſeinen Herrn Bruder durch die nach der Punctation vom 16. Mart. 1753 §. 4. übernommenen Donationsgelder bereits abgetragen , ,	—	—	—	2000	—	—
Folglich hat er von den erhaltenen Gütern zur Erhaltung der Gleichheit an ſeinen älteren Herrn Bruder noch zu zahlen , , ,	—	—	—	683	6	$3\frac{1}{2}$
Nr. II.						
Zweyte Berechnung.						
A) der ältere Herr von S. hat in der Theilung von den Erbſchaftsgütern erhalten:						
1) nach dem Vergleich vom 11. Jul. 1752 an Landgütern:						
a) das Gut St. §. I. für ,	10,455	36	—			
b) das Gut F. §. II. für ,	18,862	36	—			
c) das halbe Gut F. §. III. für	11,040	45	—			
2) nach der Punctation vom 16. Mart. 1753						
a) an ſicheren Capitalien §. 2.	6,450	49	—			
b) an Geldern, die er zu conferiren §. 3. , ,	3,165	22	3			
Mithin von den die Erbſchaft ausmachenden Gütern zuſammen , ,	—	—	—	49,974	44	3
B) der jüngere Herr von S. hat in der Theilung von den Erbſchaftsgütern						

erhal-

	rthlr.	gr.	pf.	rthlr.	gr.	pf.
erhalten nach dem Vergleich vom 11. Iul. 1752						
a) das Gut S. §. V. für ſ	37,758	24	—			
b) die R. Güter §. VI. für ſ	17,584	—	—			
Mithin zuſammen ſ				55,342	24	—
Folglich hat der jüngere an Erbſchaftsgütern mehr als der ältere erhalten ſ ſ ſ				5,367	51	2
Von dieſem Unterſchied iſt er ſchuldig geweſen an ſeinen älteren Herrn Bruder zum Behuf der zu erhaltenden Gleichheit auszuzahlen die Hälfte ſ ſ				2,683	61	$3\frac{1}{2}$
Er hat vermöge der Punctation vom 16. Mart. 1753 §. 4. durch übernommene Donationsgelder bereits abgetragen ſ ſ ſ				2,000	—	—
Mithin iſt er dem älteren zur Ergänzung der Erbportion deſſelben noch ſchuldig geblieben ſ ſ				683	61	$3\frac{1}{2}$

Nr. III.

Dritte Berechnung.

Nach welcher die Herren Gebrüder von S. im Vergleich vom 11. Iul. 1752 zu verfahren die Abſicht gehabt:

	rthlr.	gr.	pf.	rthlr.	gr.	pf.
A) der ältere Herr von S. hat in der Theilung vermöge dieſes Vergleichs an Erbſchaftsgütern erhalten:						
a) das Gut St. §. I. für ſ	10,455	36	—			
b) das Gut F. §. II. für ſ	18,862	36	—			
c) das halbe Gut F. §. III. für	11,040	45	—			
Mithin zuſammen die Summe von ſ				40,358	45	—

B) der

	rthlr.	gr.	pf.	rthlr.	gr.	pf.
B) der jüngere Herr von S. hat in der Theilung vermöge dieſes Vergleichs an Erbſchaftsgütern erhalten;						
a) das Gut S. §. V. für ,	37,758	24	—			
b) die R. Güter §. VI. für ,	17,584	—	—			
Mithin zuſammen die Summe von ,		—	—	55,342	24	—
Folglich hat derſelbe an Landgütern aus der Erbſchaft mehr als der ältere erhalten , , ,		—	—	14,983	51	—
Zur Vergütung dieſes Unterſcheids ſind nach der Punctation vom 16. Mart. 1753 dem älteren Herrn noch an gemeinen Erbſchaftsgütern überlaſſen worden:						
a) an ſicheren Capitalien §. 2.	6,450	49	—			
b) an Geldern die er zu conſeriren §. 3. , ,	3,165	22	3			
Mithin die Summe von		—	—	9,615	71	3
Folglich hat der jüngere Herr an den erhaltenen Gütern noch einen Ueberſchuß behalten von , , ,		—	—	5,367	51	2
Von dieſem Unterſcheid iſt er ſchuldig geweſen an ſeinen älteren Herrn Bruder zum Behuf der zu erhaltenden Gleichheit auszuzahlen die Hälfte von ,		—	—	2,683	61	3½
Er hat vermöge der Punctation vom 16. Mart. 1753 §. 4. durch übernommene Donationsgelder bereits bezahlt ,		—	—	2,000	—	—
Mithin iſt er dem älteren zur Ergänzung der Erbportion deſſelben noch ſchuldig geblieben , , ,		—	—	683	61	3½

DECISIO LXVIII.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Errant, qui de iure germanico communi ſiue vetere, ſiue recentiore creditori, qui pignus adcepit, dominium in re pignori data tribuendum volunt.

II. Si inſtrumentum ſuper nomine confectum oppignoratur, neque huius oppignorationis debitori eſt facta denunciatio, nil impedit, quo minus debitor ſolutione creditori ſuo facta liberetur, ſicque nomen ipſum oppignoratum intereat.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

A probandis iis, quae probata non releuant, merito eſt abſtinendum. n. 2.

An de iure germanico is, cui pignus datum in eo dominium competat, quaeritur et negatur. n. 3. et n. 9.

Quid iura Hamburgenſia intuitu rei oppignoratae ſtatuerint, docetur. n. 4.

Quatenus libris mercatorum vis aliqua probandi poſſit tribui notatur. n. 5.

Si quis ex nomine oppignorato agit, probatio ſolutionis eius creditori factae non eſt irreleuans. n. 6.

Debitor nomen oppignoratum, ſi nulla oppignorationis ipſi facta eſt denunciatio, valide ſoluit, eaque ſolutione pleniſſime liberatur. n. 7.

Concordant cum iure communi intuitu regulae praecedentis iura Hamburgenſia. n. 8.

Refutatio rationum contrariarum. n. 10.

Alia eſt quaeſtio, an libri cuiusdam ad probationem contra illum faciendam valeant, alia, an pro illo fidem habeant. n. 11.

Urtheil.

Auf eingewandte Reviſion, deren Deduction und ferneres rechtliche Einbringen in Extrajudicialſachen Iacob B. Klägers und Supplicaten jeßt Impetranten an einem, wider Albrecht Chriſtoph Fr. Beklagten und Supplicanten jeßt Impetraten am anderen Theile,

erkennen Bürgermeiſter und Rath der Kaiſerlichen freyen Reichsſtadt H., nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, für Recht:

Daß es eingewandter Reviſion ohngeachtet bey dem den 8. Nouemb. 1775 eröffneten Erkenntniß billig verbleibet. Von Rechts wegen. 1

Entſcheidungsgründe.

Obwohl Impetrant durch das den 8. Nouemb. 1775 eröffnete Urtheil darinn beſchwert zu ſeyn vermeinet, daß vermöge deſſelben Impetrat mit dem anerbotenen Beweiſe der dem Iacob H. als ſeinem Gläubiger geleiſteten Bezahlung annoch zu hören, und des Endes die gebetene Einſicht der H. Handlungsbücher nachzulaſſen,

indem 1) dieſer Beweis für ganz unerheblich zu halten, allermaßen 2
dieſe vorgegebene Bezahlung, wenn ſie auch wie recht erwieſen werden könnte, dennoch Impetrantem, dem Iacob H. die vom Impetraten unter dem 25. May 1770 ausgeſtellte Schuldverſchreibung über eine Summe von 1000 Mk. Bco bald darauf den 15. Aug. deſſelben Jahrs zur Sicherheit eines Darlehns von 1000 Mk. Bco zum handhabenden Pfande übergeben, auf keine Weiſe nachtheilig ſeyn, noch ihm das durch die Verpfändung erhaltene Recht, aus dieſer Schuldverſchreibung ſeine Bezahlung zu erhalten, entziehen mögen,

da nicht allein a) überhaupt nach Teutſchen Rechten einem Pfands- 3
inhaber ein wahres Eigenthum des handhabenden Pfandes zuſtehe, und ſolches von angeführten bewährten Rechtsgelehrten behauptet werde,

HACKMANN *Tr. de dominii translat. in pign. Germanico* §. 8. *ſqq.*

THOMASIVS *de vſu pract. diſtinct. inter emt. cum pact. antichr. et contract. pign.* §. 30.

STRAVCH *de oppign. pign. imp. cap.* 5. §. 10.

 ſondern

4 ſondern auch b) beſonders nach H. Verordnungen 1) dem Jnhaber eines ſolchen Pfandes ein ausſchließendes Recht, ſich aus demſelben bezahlt zu machen, dergeſtalt zuſtehe, daß er zu keinem Accord genöthiget werden möge,

Neue Fallitenordnung vom 31. *Aug.* 1753. *art.* 60.

Klefeker Samml. der Hamb. Geſ. *Tom.* 4. §. 262. 268.

und 2) die ausdrückliche Verfügung gemacht worden, daß, wenn ein connoſſement von einem Fallito vor ſeinem Austritt an einen Dritten veräuſſert oder verpfändet, der Jnhaber deſſelben dem Ablader oder Verſender vorzuziehen, und dieſer ſich ſeines Schadens an der Maſſa beſtmöglichſt erholen ſoll;

Neue Fallitenordnung vom 31. *Aug.* 1753. *art.* 25. §. 3.

Hiernächſt II) ſolcher Beweis, wenn er auch als erheblich angeſehen werden könnte, dennoch auf die angegebene Weiſe durch die H. Bücher wie recht nicht beygebracht werden möchte,

angeſehen a) bekannten Rechten nach eine Privatſchrift keinen rechtlichen Beweis wirke,

L. 7. C. de probat.

5 und b) wenn gleich den Handelsbüchern durch einen Gerichtsgebrauch eine Beweiskraſt beygeleget worden, dennoch im gegenwärtigen Fall ſolches keine Anwendung haben möchte, da 1) Iacob H. für keinen eigentlichen Kaufmann, ſondern blos für einen Rentenierer zu halten, der Geld ausgeliehen, 2) eines Kaufmanns Handelsbuch blos in Sachen, die den Handel angehen, einen Glauben habe,

MEVIUS *Part.* 2. *dec.* 92.

auch überdas 3) Iacob H. nicht allein bereits zweymal einen Fallit gemacht, ſondern auch ein Stiefvater von Impetraten ſey;

Und daher, daß auf die angebrachte Reviſionsbeſchwerden erkannt werden ſollen, es das Anſehen gewinnen möchte;

6 Dennoch aber und dieweil I) der von Impetratem anerbotene Beweis der dem Iacob H. als ſeinem Gläubiger geleiſteten Bezahlung der Schuld von 1000 Mk. Bco, worüber die dem Impetranten verpfän-

dete

dete Schuldverſchreibung vom 25. May 1770 ausgeſtellet worden, um ſo mehr für erheblich zu halten, je weniger es einem gegründeten Zweifel unterworfen, daß durch ſothane Bezahlung dieſe Schuld, mithin auch die dem Impetranten daran ertheilte Pfandsgerechtigkeit als erloſen anzuſehen,

anerwogen a) Iacob H., wenn er gleich dieſe Schuldverſchreibung an Impetranten verſetzet, dennoch ohnſtreitig der wahre Gläubiger des Impetraten geblieben, einfolglich Impetrat, da Impetrant demſelben dieſe geſchehene Verpfändung nicht gemeldet, an gedachten ſeinen Gläubiger die Schuld auf eine kräftige Weiſe wohl bezahlen, und durch dieſe Bezahlung die Schuld nebſt der dem Impetranten daran zuſtehenden Pfandsgerechtigkeit tilgen können, ille, cuius nomen tibi pignori datum eſt, niſi ei, cui debuit, ſoluit, nondum certior a te de obligatione tua factus, vtilibus actionibus ſatis tibi facere compellitur; 7

L. 4. *C. quae res pignori oblig.*

ferner b) dieſe billige Verordnung der gemeinen Rechte auch den H. Statuten vollkommen gemäß iſt, als nach welchen "bey einer Ceſſion „und Uebertragung der debitor allewege von demjenigen, welcher die „Handſchrift annimmt, gefragt werden ſoll, ob er auch einige Einreden „gegen dieſe Handſchrift habe, und in Verbleibung deſſen dem debitori „alle ſeine rechtmäßige exceptiones zur Zeit der Bezahlung vorbehalten „werden," 8

Gerichtsordn. der Stat. *Lib.* 1. *Tit.* 12. *art.* 3. *in fine.*

mithin Impetrant wegen eines Verluſtes des aus der Verpfändung erhaltenen Rechts ſich ſelbſt die Schuld beyzumeſſen, daß er dieſe Verpfändung dem Impetraten nicht gebührend gemeldet;

auch c) das Gegentheil durch die von Impetranten angeführten Gründe nicht erhärtet werden mag, indem quoad a) das vorgegebene einem Gläubiger nach Teutſchen Rechten zuſtehende Eigenthum eines handhabenden Pfandes von bewährten Rechtslehrern längſt widerlegt worden, und wenigſtens nach neueren Teutſchen Rechten ganz unerfindlich iſt, 9

SCHILTER *prax. iur. Rom. Exerc.* 33. *th.* 4. *ſqq.*

HEINECCIVS *elem. iur. Germ. Lib.* 2. *tit.* 11. §. 315. *ſqq.*

RICCIVS *exam. polit. doctrinae de dominio pignoris German. in credit. transl.* §. 2. *ſqq.*

10 und quoad b) nicht nur 1) das bekannte ausſchließende Recht eines Pfandsinhabers im gegenwärtigen Fall, wo das Object der Pfandsgerechtigkeit als untergegangen, folglich die Pfandsgerechtigkeit als erloſchen anzuſehen,

L. 8. *pr. D. quib, mod. pign. vel hyp. ſolv.*

in gar keine Betrachtung kommen kan, ſondern auch 2) die aus der

Neuen Fallitenordnung vom 31. *Aug.* 1753 *art.* 25. §. 3.

angeführte Stelle hier gar keine Anwendung leidet, da hier nicht von einem connoſſement, ſondern von einer bloßen Schuldverſchreibung, welche nicht kurz vor dem Austritt eines Falliten, ſondern lange vorher bey noch guten Umſtänden deſſelben verſetzt und bezahlt worden, die Rede iſt;

11 Hiernächſt II) auch nicht bezweifelt werden mag, daß Impetrat zum Behuf dieſes Beweiſes ſich der H. Bücher den Rechten nach zu bedienen wohl vermögend, immaßen dieſe Bücher, in ſo fern ſie die vorgegebene Bezahlung bezeugen, gegen den Gläubiger H., einfolglich auch gegen Impetranten, als ein ſchriftliches Geſtändniß des Gläubigers allerdings beweiſen,

L. 26. §. *f. D. depoſiti.*

mithin, da im gegenwärtigen Fall dieſen Büchern keine Kraft für Iacob H., ſondern blos eine Kraft gegen ihn zu beweiſen beygeleget werden ſoll, alles dasjenige von ſelbſt wegfällt, was von impetrantiſcher Seite gegen die Beweiskraft dieſer Bücher für Iacob H. angeführet iſt;

Als ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, zu erkennen bewogen worden.

DECI-

DECISIO LXIX.

THEMATA PRINCIPALIA

I. Contractus, vi cuius Primus Secundo dat praedium ſub modo praeſtandi inde reditus annui ad dies vitae concedentis minime emtio venditio cenſeri debet.

II. Talis contractus perſonalis quidem eſt reſpectu concedentis, ſibique annuos ad dies vitae reditus promittendos curantis; non autem reſpectu eius, cui facta eſt conceſſio, quique ad praeſtandos reditus vitalitios ſeſe obſtrinxit.

III. Qui reditus vitalitios, quorum quantitas annua per quantitatem vſurarum ex ſorte certa annuatim ſoluendarum eſt determinata, ſoluendos promiſit, minime debitor ſortis eiusmodi eſt credendus; neque eiusmodi ſors ex praedio tamquam debitum ipſi inhaerens ab haeredibus eius, qui reditus percepit vitalitios, eſt repetenda.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

An in caſu controuerſo emtio venditio interuenerit quaeritur, et negatur. n. 2. et n. 6.

An valeat depoſitio eius, qui inſtrumento cuidam concipiendo eſt adhibitus contra verba inſtrumenti quaeritur et negatur. n. 3. et 8.

An contractus vitalitius ex parte reditus annuos praeſtantis ad haeredes tranſeat quaeritur et adfirmatur. n. 4. et n. 12.

An quod in inuentario ſuper facultatibus defuncti confecto tamquam debitum, licet ex errore reperitur collocatum, ſit verum debitum ex bonis diſſoluendum quaeritur et negatur. n. 5. et n. 13.

Contractus vitalitius non debet eſſe emtio venditio. n. 7.

Quamuis in caſu controuerſo emtio venditio poſſet reperiri; tamen pretium ob annuos reditus inde praeſtitos non deberet repeti. n. 9.

Vbi communio bonorum inter coniuges valet, vxor poſt mortem mariti

riti pro parte dimidia omne commodum ex contractu mariti defuncti cum tertio inito debet lucrari. n. 10.

Hincque cum haerede mariti onera ex tali contractu pro parte dimidia debet ſuſcipere. n. 11.

Qui fundum inſtructum alicui promiſit, non ipſi ius dedit omnia ſua mobilia poſtulandi. n. 14.

Nullum adeſt grauamen iure fundatum, ſi quis ad probandum fundamentum ſuae intentionis, quod facti eſt, per ſententiam adigitur. n. 15.

Si ab vtraque parte litigante plus iuſto eſt petitum; merito compenſatio expenſarum locum habere iudicatur. n. 16.

Urtheil.

Auf eingewandte Leuterung, deren Adhäſion und erfolgtes weitere rechtliche Einbringen in Sachen Chriſtian Nicolaus S. Namens ſeiner Ehefrau Beklagten und Widerklägers jetzt Leuteranten und Adhäſen an einem, wider weyland Peter W. Wittwe jetzt deren Erben, den Landſchöpf Chriſtian Heinrich de H. und Conſorten, Kläger und Widerbeklagte jetzt Leuteraten und Adhärenten am anderen Theile,

erkennen 2c. 2c. zum Landgericht des Landes H. verordnete Gerichtsdirector, Oberamtmann und Aſſeſſores, nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten für Recht:

1 Nunmehro aus den Acten und der Partheyen Einbringen ſo viel zu befinden, daß, was die Hauptklage anbetrifft, Leuterant Namens ſeiner Ehefrau von dem in dem [Nr. 1] actor. prim. inſtant. ſub lit. A. befindlichen Ueberlaſſungscontract vom 24. Mart. 1766. angegebenen Capital von 4000 Mk. die Hälfte von 2000 Mk. an Leuteraten auszuzahlen nicht ſchuldig, ſondern derſelbe in Anſehung dieſes Klagepuncts von der angeſtellten Klage gänzlich zu entbinden, und dieſes Capital bey der den Leuteraten Namens ihrer Erblaſſerin zu leiſtenden gebührenden Abfindung aus dem überlaſſenen Hofe zu den darauf haftenden und von dem Werth deſſelben abzuziehenden Schulden keinesweges zu rechnen; Hiernächſt die Widerklage anlangend, Leuteraten blos von denjenigen Mobilien, welche ihre Erblaſſerin vermöge des gedachten Ueberlaſſungscontract weyland ihrem Sohn als Zubehörungen des Hoſes

ſes überlaſſen, an Leuteranten, in ſo fern derſelbe binnen Ordnungsfriſt, wie ihm zu thun oblieget, beweiſen wird, daß bemeldete der Leuteraten Erblaſſerin ſolche vom Hofe zu ſich genommen, die Hälfte herauszugeben ſchuldig; dahingegen im übrigen, der eingewandten Leuterung und deren Adhäſion ohngeachtet, bey dem den 31. Mart. 1772 eröffneten und Nr. 16. actor. befindlichen Urtheil es lediglich zu laſſen, auch die beyderſeits verwandten Unkoſten billig gegen einander aufzuheben. Von Rechts wegen.

Entſcheidungsgründe.

Obgleich A) was die in Anſehung der Hauptklage von beyden Seiten angeführten Beſchwerden anbetrifft,

1) Leuteraten und Adhärenten behaupten wollen, daß durch das

ad Nr. actor. 16.

befindliche den 31. Mart. 1772 eröffnete Urtheil, in ſo fern vermöge deſſelben Leuterant ihnen die Hälfte des in dem

ad [Nr. 1.] actor. prim. inſt. ſub Lit. A.

übergebenen Ueberlaſſungscontract vom 24. Mart. 1766 angegebenen Capitals von 4000 Mk. zurückzugeben vertheilet worden, nicht Leuterant, ſondern vielmehr Leuteraten dadurch für beſchwert zu halten, daß ihnen nicht dieſes ganze Capital von 4000 Mk. zuerkannt, und Leuterant ſolches ganz zurückzugeben nicht für ſchuldig erklärt worden, anerwogen a) ihre Erblaſſerin, Peter W. Wittwe, weyland ihrem Sohn Jacob Daniel W. in dem gemeldeten Ueberlaſſungscontract die ihr nach Landesgeſetzen zuſtehende Hälfte des Hofes nach der Beſchaffenheit deſſen Werths für eine ſehr billige Kaufſumme von 4000 Mk. dergeſtalt käuflich überlaſſen, daß, ſo lange ſie ſich bey demſelben auf dem Hofe aufzuhalten für gut befinden würde, ſelbiger ihr nur den Unterhalt auf beſtimmte Weiſe in natura zu reichen, falls ſie aber vom Hofe abziehen ſollte, derſelbe ihr nicht allein dieſe beſtimmte Kaufſumme als ein zinsbares Capital mit 6. von hundert jährlich zu verzinſen, ſondern auch in Betracht des aus Liebe gegen ihn ſo gering geſetzten Kaufgeldes, welches billig auf 6000 Mk. geſetzt werden mögen, derſelben noch jährlich auſſerdem etwas Beſtimmtes an Getraide ꝛc. zum Unterhalt zu reichen ſchul-

3 dig ſeyn ſollten; und, wenn dieſer wahre Kaufcontract in der von dem Landſchreiber B. aufgeſetzten Ueberlaſſungsurkunde gleich nicht ſo deutlich ausgedrückt worden, dennoch die Richtigkeit deſſelben nicht nur aus der Natur eines Ueberlaſſungscontracts, der ohne einen Kaufcontract mithin ohne ein beſtimmtes Kaufgeld nicht gedacht werden könne, ſondern auch aus der Verſicherung des gedachten Concipienten erhelle, der allenfalls darüber noch zu vernehmen;

folglich b) die beſagte ganze Summe der 4000 Mk. als eine unbezahlte Kaufſumme und als eine auf dem Hofe haftende Schuld anzuſehen, welche Leuterant als Beſitzer natürlich ganz und nicht blos zur Hälfte zu bezahlen verbunden,

auch c) dasjenige, was Leuterant von einem in dem Ueberlaſſungscontract enthaltenen bloßen Leibrentencontract angeführet, nicht allein vermöge des bereits Angeführten in der That ungegründet, ſondern auch, wenn es gleich ſeine Richtigkeit hätte, dennoch Leuterantem kei-
4 nesweges zu ſtatten kommen würde, indem α) ein ſolcher Leibrentencontract ſchon nach gemeinen Rechten nicht auf Erben gehe,

LEYSER *ſpec.* 194. *med.* 3.

und β) nach H. Landesgeſetzen

Part. 1. *tit.* 4.

um ſo mehr mit dem im Jahr 1768 erfolgten Tode des Sohns erloſchen, da dieſer Contract nicht namentlich auf Erben gerichtet worden, auch γ) Leuterantens Ehefrau, als Wittwe dieſes ihres erſten Ehemannes, im geringſten nicht deſſen Erbin geworden, und daher auch aus ſolchem Contract als Erbin ein Recht ſich anzumaßen für befugt nicht zu halten;

Hiernächſt 2) es ſcheinen möchte, daß Leuterant wenigſtens die ihm in dem Urtheil vom 31. Mart. 1772 zu bezahlen auferlegte Hälfte der mehrgedachten 4000 Mk. abzutragen allerdings verbunden, angeſehen, wenn gleich die Erblaſſerin der Leuteraten nach dem Tode ihres Sohnes deſſen alleinige Erbin geworden, dennoch deſſen nachgelaſſene Wittwe, Leuterantens Ehefrau, vermöge der in Landen H. üblichen allgemeinen Gemeinſchaft der Güter bey Ehegatten, die Hälfte dieſer Schuld von 4000 Mk. als ihre eigene Schuld anzuſehen, und als eine ſolche an

Leuteraten um ſo mehr zu bezahlen verbunden, da dieſe ganze Summe ſ. als eine auf dem Hofe haftende Schuld in dem

ad actor. Nr. 19.

übergebenen inventario der gemeinſchaftlichen nachgelaſſenen Güter des erſten Ehemannes

pag. 38. ſq.

aufgeführet worden;

Ferner B) Leuterant, ſo viel die in Anſehung der angeſtellten Widerklage geführte Beſchwerde anlanget, der Meinung iſt, daß Leuteraten ihm Namens ſeiner Ehefrau die ſämmtlichen in ihrer Erblaſſerin Verlaſſenſchaft befindlichen Mobilien nach einem eidlichen Verzeichniß herauszugeben verbunden, da in dem mehrgedachten Ueberlaſſungscontract vom 24. Mart. 1766

§. 1.

ausdrücklich enthalten, daß Ueberlaſſerin ihrem Sohn auch "alles vorhandene Geräth und Meublen, nichts davon ausgeſchloſſen, als was „Ueberlaſſerin davon ausbeſcheiden, und die Zeit ihres Lebens für ſich „zu ihrem Gebrauch haben und behalten will," eigenthümlich überlaſſen; weswegen, da dieſer vorbehaltene Nießbrauch mit ihrem erfolgten Tode aufgehöret, dieſe ſämmtlichen Mobilien vermöge des Ueberlaſſungscontracts dem Beſitzer des Hofes zurück zu geben ſeyen;

Endlich C) wegen der verglichenen Koſten von beyden Theilen Beſchwerde geführet und behauptet wird, daß der Gegentheil wegen bezeigter Streitſucht in die Koſten vertheilet werden ſollen;

Einfolglich aus allen dieſen Gründen, daß durchgehends anders, als geſchehen, zu erkennen geweſen, es das Anſehen gewinnen möchte;

Dennoch aber und dieweil A) was die in Anſehung der Hauptklage von beyden Seiten angeführte Beſchwerde anbetrifft,

1) aus dem angezogenen Ueberlaſſungscontract vom 24. Mart. 1766 §. 1. unwiderſprechlich erhellet, daß der Leuteraten Erblaſſerin, Peter W. Wittwe, weyland ihrem Sohn, Iacob Daniel W., den vorbemeldeten Hof in Anſehung des ihr daran zuſtehenden Antheils keinesweges durch einen Kaufcontract für eine beſtimmte Kaufſumme von 4000 Mk., die

derſelbe oder deſſen ihr zu bezahlen ſchuldig ſeyn ſollen, ſondern blos ſub modo des ihr dagegen Zeitlebens zu reichenden Unterhalts dergeſtalt eigenthümlich und unwiderruflich überlaſſen, daß vermöge des

§. 1.

derſelben dieſer Unterhalt, ſo lange ſie bey ihrem Sohn auf dem Hofe ſich aufzuhalten für gut befinden würde, auf eine vorgeſchriebene Weiſe in natura gereichet, und nach dem

§. 2.

wenn ſie vom Hofe wegzuziehen ſich entſchließen ſollte, ſtatt deſſen derſelben jährlich eine Leibrente von 240 Mk., als Zinſen von einem Capital von 4000 Mk., nebſt einer beſtimmten Quantität von Torf, Getraide, und einem jungen Schwein getreulich ausgezahlt und geliefert werden ſollen;

7 Auch 2) dasjenige, was Leuteraten zum Beweis eines hier wirklich vorhandenen Kaufcontracts weitläuftig angeführet, nicht die geringſte Aufmerkſamkeit verdienet, da einestheils ein Ueberlaſſungscontract vermöge ausgemachter Rechte gar nicht nothwendig durch einen Verkauf für ein gewiſſes Kaufgeld geſchloſſen werden ſoll, ſondern ſowohl nach täglicher Erfahrung als nach klaren Geſetzen gar wohl durch einen Contract geſchehen kann, worinn der Uebernehmer für das ihm überlaſſene Eigenthum ſich blos verbindet, dem Ueberlaſſer Zeit des Lebens entweder den Unterhalt in natura zu reichen,

L. 1. C. de donat. quae ſub modo.

oder demſelben ſtatt deſſen eine beſtimmte Leibrente jährlich zu zahlen,

L. 8. C. de rerum permut.

8 anderntheils die angeführte mündliche Erklärung des Concipienten B. gegen den klaren Inhalt einer von der Mutter ausgeſtellten unterſchriebenen und beſtändig anerkannten Urkunde nichts beweiſen mag;

9 Ferner 3) wenn es auch ſeine Richtigkeit hätte, daß die Mutter ihren Antheil des Hofes dem Sohn im Ueberlaſſungscontract für eine wirkliche Kaufſumme von 4000 Mk. eigenthümlich zu überlaſſen, die Abſicht gehabt, dennoch aus dieſem Ueberlaſſungscontract unwiderſprech-

ſprechlich erhellet, daß dieſe Summe von 4000 Mk. nicht als eine vom Sohn oder deſſen Erben an die Mutter oder deren Erben dereinſt abzutragende Schuld ſtehen bleiben, ſondern vielmehr demſelben für den der Mutter bis zu ihrem Tode entweder auf dem Hofe in natura oder nach ihrem Abzuge in beſtimmten Leibrenten an Gelde und Naturalien zu reichednen Unterhalt unwiderruflich überlaſſen ſeyn ſollen; welche ungezweifelte Abſicht der Mutter Leuteraten nach dem Tode derſelben durch die dagegen angeführten Einreden und gerühmte B. Verſicherung um ſo weniger entkräften mögen, je deutlicher die Mutter dieſe ihre Abſicht bey Lebzeiten in den Acten gerichtlich eingeſtanden, und blos aus dem Grunde des durch den Tod ihres Sohnes erloſchenen Leibrentencontracts die bemeldete Summe zurückzufordern ſich berechtiget gehalten;

ad actor. Nr. 10. pag. 5. ſqq.

4) Bey dieſer wahren Beſchaffenheit der Sache, da die Mutter ihren Antheil des Hofes oder deſſen Werth dem Sohn blos durch einen Unterhalts- oder Leibrentencontract unwiderruflich überlaſſen, a) eines- 10
theils Leuterantens jeßige Ehefrau durch die mit ihrem erſten Ehemann eingegangene Ehe, vermöge der im Lande H. üblichen allgemeinen Gemeinſchaft der Güter bey Ehegatten, in dieſen Unterhalts oder Leibrentencontract ipſo iure zur Hälfte getreten, und das ihrem erſten Ehemann daraus zuſtehende Recht nebſt der damit verknüpften Verbindlichkeit unwiderruflich zur Hälfte erhalten,

anderntheils b) die Ueberlaſſerin, da ſelbige nach dem Abſterben des Sohnes, als Mutter deſſen alleinige Erbin geworden, den ihm zur Zeit des Todes vermöge der gedachten Gemeinſchaft zuſtehenden Antheil des Rechts und der Verbindlichkeit aus beſagtem Unterhalts- und Leibrentencontract ſelbſt erhalten, mithin das derſelben daraus zuſtehende Recht in ſo fern durch eine Confuſion gänzlich erloſchen,

L. 75., L. 107. D. de ſolut.

einfolglich c) Ueberlaſſerin nach dem Tode ihres Sohnes, deſſen ein- 11
zige Erbin ſie geworden, blos die Befugniß gehabt, von ihrer Schwiegertochter für deren Antheil die Hälfte der verſprochenen Leibrenten Lebenslang zu fordern, ſo wie ſie ſelbige von derſelben auch wirklich erhalten, keinesweges aber ſie berechtiget geweſen, von derſelben die Zurück-

 gabe

gabe desjenigen, was ſie ihrem Sohn für dieſe Leibrenten an ihrem Antheil am Hofe oder an deſſen Werth überlaſſen, auch nur zum Theil zu verlangen, maßen ſie den ihrem Sohn daran zuſtehenden Antheil nach deſſen Tode als einzige Erbin ſelbſt erhalten, mithin dieſen Antheil keinesweges von einer Dritten, die deſſelben Erbin nicht geworden, fordern, den von ihrer Schwiegertochter durch die eheliche Gemeinſchaft erworbenen Antheil hingegen um ſo weniger zurückfordern mögen, da dieſe von ihrer Seite die damit verknüpfte Verbindlichkeit gebührend erfüllet;

12 Auch 5) was Leuteraten dagegen von der Beſchaffenheit eines Leibrentencontracts anführen, daß ſelbiger blos perſönlich ſey, und gar nicht auf Erben gehe, theils an ſich unrichtig, theils auch ganz unerheblich iſt, indem einestheils, wenn gleich dergleichen Contract in Anſehung desjenigen, dem die Leibrente verſprochen worden, allerdings perſönlich iſt, und mit deſſen Tode erlöſchet, dennoch kein Rechtsgelehrter bisher ſich einfallen laſſen zu behaupten, daß er auch ab Seiten deſſen, der die Rente zu bezahlen verſprochen, perſönlich ſey, und deſſen Erben nicht verbinde, auch die aus

LEYSER *ſpec.* 194. *med.* 3.

angeführte Stelle dieſen widerrechtlichen Satz ſo wenig beſtärket, als er aus dem H. Landrecht

Part. 1. *Tit.* 4.

wo blos von der Verbindlichkeit der Bürgen die Rede iſt, erhärtet werden mag, anderntheils Leuterantens Ehefrau in dieſen Contract nicht als Erbin ihres erſten Ehemannes nach deſſen Tode, ſondern bey Lebzeiten deſſelben kraft der ehelichen Gemeinſchaft zur Hälfte getreten, und es daher derſelben gleichgültig ſeyn würde, ob er ab Seiten ihres verſtorbenen Ehemannes auf deſſen Erben gehen können, oder nicht;

Nicht zu gedenken 6) daß, wenn auch die in Frage ſtehende 4000 Mk. blos als eine rückſtändige der Ueberlaſſerin gebührende Kaufſumme des überlaſſenen Hofes angeſehen werden könnten, dennoch Leuteraten, da ihre Erblaſſerin die alleinige Erbin ihres Sohnes, der ſodann die Hälfte dieſer Schuld zu bezahlen verbunden geweſen, geworden, auf keine rechtsbeſtändige Weiſe von der Wittwe deſſelben mehr, als deren Hälfte zu fordern berechtiget ſeyn konnten;

Endlich

Endlich 7) da dieſe 4000 Mk. gar nicht als eine auf dem Hofe haf- 13
tende Schuld zu betrachten, dieſelben auch keinesweges, wie im inuentario aus Irrthum geſchehen,

ad act. Nr. 19. *pag.* 38. *ſq.*

zu den auf dem Hofe haftenden Schulden gerechnet, und bey der den Leuteraten daraus Namens ihrer Erblaſſerin zu leiſtenden Abfindung von dem Werth deſſelben, der ihnen zur Hälfte gebühret, abgezogen werden mögen;

Hiernächſt B) Leuteratens Beſchwerde in Anſehung der angeſtellten Widerklage anlangend,

1) aus dem Inhalt des mehrgedachten Ueberlaſſungscontracts 14

§. 1.

zureichend erhellet, daß Ueberlaſſerin blos die Abſicht gehabt, ihrem Sohn den erwähnten Hof mit der völligen Einrichtung, mithin fundum inſtructum, zu überlaſſen, und durch die Worte: "wie auch „ſämmtliche anjetzt vorhandene lebendige Habe ſowohl als auch alles „vorhandene Acker- Feld- Haus- Brau- und Küchengeräth und vor- „handene Victualien ohne Ausnahme, mithin alles anjetzt vorhandene „Geräth und Meublen, nichts davon ausgeſchloſſen," deutlich zu erkennen gegeben, daß ſie blos von denjenigen beweglichen Sachen, die zur Einrichtung des Hofes gehören, und nicht von anderen beweglichen Sachen geredet, welche ſie für ſich zu ihrem perſönlichen Gebrauch beſeſſen;

Daher 2) Leuterant den behaupteten Rückfall nicht auf die ſämmtlichen nachgelaſſenen Mobilien der Ueberlaſſerin, ſondern einzig und allein auf diejenigen ziehen mag, welche als Zubehörungen des Hofes zu deſſen Einrichtung gehöret, und als ſolche dem Uebernehmer überlaſſen worden;

Auch 3) von dieſen dem Rückfall unterworfenen Mobilien Leuterant in Betracht, daß die Ueberlaſſerin nach dem Tode ihres Sohnes deſſen einzige Erbin geworden, und dadurch das demſelben in der Ehe zuſtehende Recht der Hälfte der ſämmtlichen überlaſſenen Güter wieder erhalten, Namens ſeiner Ehefrau blos die derſelben als einer Wittwe gebührende Hälfte zu fordern berechtiget;

Und

15 Und 4) da ſo wenig die Beſchaffenheit der Mobilien, daß ſie zur Einrichtung des Hofes gehörig, als der Umſtand, daß Ueberlaſſerin ſolche vom Hofe mitgenommen, vermuthet werden mag, Leuterant ſich nicht entbrechen kann, ſolches binnen Ordnungsfriſt, wie recht, zu beweiſen;

16 Endlich C) die von beyden Theilen angeführte Beſchwerde wegen der verglichenen Koſten natürlich wegfallen muß, da beyde Theile ſowohl durch ihre übertriebene Forderungen, als auch durch ihre unnöthige Weitläuftigkeit einer vorſetzlichen Streitſucht ſich allerdings ſchuldig gemacht;

So ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, zu erkennen bewogen worden.

DECISIO LXX.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Qui ob vitium rei venditae latens ad eam redhibendam actionem inſtituit, victricem pro ſe ſententiam obtinere non poteſt, licet patens rei venditae vitium poſtea probatum dederit.

II. De iure communi certum fatale probationis non datur, ſeu terminus probatorius non legitur ſtatutus; hincque ante concluſionem in cauſſa delatio iurisiurandi adhuc obtinet.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

An reus in data controuerſia remedium contra ſententiam grauantem deſeruiſſe ſit cenſendus, quaeritur et negatur. n. 2. *et n.* 5.

Rationes, quare in caſu dato actor ad ſuppletorium ſit admittendus, proponuntur. n. 3. *et reiiciuntur. n.* 7. *et ſequent.*

Rationes rei pro admittendis articulis additionalibus iuncta iurisiurandi delatione recenſentur n. 4. *et refelluntur. n.* 13.

Etſi nihil facile mutandum eſt ex ſollemnibus, tamen, vbi aequitas euidens poſcit, ſubueniendum eſt. n. 6.

Redhibitio rei venditae ob vitia latentia in regula tantum conceditur. n. 8.

Inſtrumenta ab actore producta, ſi vim probandi haberent, patens rei venditae vitium loquerentur. n. 9.

Neque tamen illud vitium patens probandi vim reuera habent. n. 10.

Refelluntur obiectiones. n. 11.

Vitium rei venditae, ſi poſt notabilem temporis tractum emergit, redhibitionem non fundat, niſi doceatur iam tempore contractus adfuiſſe. n. 12.

15 Und 4) da ſo wenig die Beſchaffenheit der Mobilien, daß ſie zur Einrichtung des Hofes gehörig, als der Umſtand, daß Ueberlaſſerin ſolche vom Hofe mitgenommen, vermuthet werden mag, Leuterant ſich nicht entbrechen kann, ſolches binnen Ordnungsfriſt, wie recht, zu beweiſen;

16 Endlich C) die von beyden Theilen angeführte Beſchwerde wegen der verglichenen Koſten natürlich wegfallen muß, da beyde Theile ſowohl durch ihre übertriebene Forderungen, als auch durch ihre unnöthige Weitläuftigkeit einer vorſetzlichen Streitſucht ſich allerdings ſchuldig gemacht;

So ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, zu erkennen bewogen worden.

DECISIO LXX.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Qui ob vitium rei venditae latens ad eam redhibendam actionem inſtituit, victricem pro ſe ſententiam obtinere non poteſt, licet patens rei venditae vitium poſtea probatum dederit.

II. De iure communi certum fatale probationis non datur, ſeu terminus probatorius non legitur ſtatutus; hincque ante concluſionem in cauſſa delatio iurisiurandi adhuc obtinet.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

An reus in data controuerſia remedium contra ſententiam grauantem deſeruiſſe ſit cenſendus, quaeritur et negatur. n. 2. *et* n. 5.

Rationes, quare in caſu dato actor ad ſuppletorium ſit admittendus, proponuntur. n. 3. *et reiiciuntur.* n. 7. *et ſequent.*

Rationes rei pro admittendis articulis additionalibus iuncta iurisiurandi delatione recenſentur n. 4. *et refelluntur.* n. 13.

Etſi nihil facile mutandum eſt ex ſollemnibus, tamen, vbi aequitas euidens poſcit, ſubueniendum eſt. n. 6.

Redhibitio rei venditae ob vitia latentia in regula tantum conceditur. n. 8.

Inſtrumenta ab actore producta, ſi vim probandi haberent, patens rei venditae vitium loquerentur. n. 9.

Neque tamen illud vitium patens probandi vim reuera habent. n. 10.

Refelluntur obiectiones. n. 11.

Vitium rei venditae, ſi poſt notabilem temporis tractum emergit, redhibitionem non fundat, niſi doceatur iam tempore contractus adfuiſſe. n. 12.

Urtheil.

Auf eingewandte Nullitätsklage, deren Rechtfertigung, und erfolgtes weitere rechtliche Einbringen in Sachen Iohann Georg B. Beklagten jetzt Querulanten an einem, wider den Kaufmann Chriſtian N., Klägern jetzt Querulaten am andern Theile,

erkennen zu denen ꝛc. Provinzial- Civil- und Criminalgerichten verordnete Stadt-Schultheiß und Aſſeſſores, nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, für Recht:

1 Nunmehro aus den Acten ſo viel zu befinden, daß Kläger zu dem ihm fol. 254. actor. zuerkannten Erfüllungseide nicht zu laſſen, ſondern vielmehr dasjenige, ſo ihm zu erweiſen obgelegen und er ſich angemaßet, wie recht nicht erwieſen, dannnenhero Beklagter, wenn gleich die fol. 184. ſqq. übergebene Additional-Gegenbeweis-Artikel für zuläßig nicht zu achten, dennoch von der angeſtellten Klage zu entbinden, jedoch die von beyden Theilen auf dieſen Rechtsſtreit verwandten Koſten gegen einander zu vergleichen und aufzuheben. Von Rechts wegen.

Entſcheidungsgründe.

2 Obzwar A) Kläger der Meinung iſt, 1) daß die von Beklagtem gegen das den 14. Ian. 1775 eröffnete

fol. 253. *ſqq. actor.*

befindliche Erkenntniß eingewandte Nullitätsklage für erloſchen zu halten, angeſehen derſelbe gegen dieſes Erkenntniß zwar die ihm zuſtehenden Rechtsmittel ſofort mündlich eingewandt, allein erſt darauf den 23. Febr. 1775., mithin gegen das Ende der ſechſten Woche von der Eröffnung angerechnet, die Nullitätsklage erwählet, und zu deren Rechtfertigung ſich eine 14tägige Friſt ausgebeten,

fol. 275. *actor.*

gleichwohl die Rechtfertigung dieſes Rechtsmittels binnen 14 Tagen eingebracht, oder zu derſelben Einbringung eine Friſt geſucht werden müſſen;

Darneben

Darneben 2) Kläger zu behaupten ſucht, daß Beklagter dadurch kei⸗ nesweges für beſchwert zu halten, daß in dem gedachten Erkenntniß Kläger zum Erfüllungseide, daß die von ihm beſage der

fol. actor. 28. ſq. ſub lit. A. et B.

beygebrachten Urkunden nach G. und B. verſchickten Fäſſer Eſſig von keinem andern, als von den im Streit begriffenen 127 Eimern, welche ihm Beklagter für Weineſſig verkauft, geweſen, er auch nicht anders wiſſe und glaube und dafür halte, als daß ſothane ſämmtliche von Be⸗ klagtem erhandelte 127 Eimer Eſſig gar kein ächter Weineſſig, ſondern eine verfälſchte Waare ſey, zugelaſſen worden,

indem a) Kläger durch die

fol. 28. ſq. ſub lit. A. et B.

beygebrachten Urkunden, welche nicht als bloße unbeſchworne Privat⸗ Zeugniſſe, ſondern als öffentliche Urkunden, welche von den Obrigkeiten der Orte, nach einer durch der Sachen verſtändige Perſonen geſchehenen Unterſuchung und auf Pflicht und Gewiſſen derſelben erfolgten Ausſage, ausgefertiget worden, anzuſehen, vollkommen bewieſen, daß der von ihm verſandte Eſſig weder die nöthige Säure, noch Schärfe habe, ſon⸗ dern unbrauchbar und kein Kaufmannsgut ſey,

fol. 28. actor. lit. A.

auch dem Geruch und Geſchmack nach, nicht für Weineſſig zu erkennen und zu halten,

fol. 29 b. lit. B.

und b) daß dieſer verſandte Eſſig von dem von Beklagtem erhandel⸗ ten Eſſig geweſen, nicht nur von Beklagtem in der Antwort auf die Klage

fol. 5.

nicht verneinet, und vielmehr nicht undeutlich in den übergebenen Ge⸗ genbeweisartikeln

fol. 33 b. art. 7. fol. 35. art. 12,

eingeräumet worden, ſondern auch daraus erhelle, daß er im geringſten nicht dargethan, daß Kläger auſſer dem gekauften Eſſig noch anderen Eſſig geführet, und damit Handel getrieben,

 daher

Daher c) hieraus die Vermuthung entſtehe, daß nicht nur dieſer für falſch befundene Weineſſig von dem von Beklagtem erhandelten geweſen, ſondern auch daß dieſer ſämmtliche erhandelte Weineſſig von gleicher Beſchaffenheit ſey, mithin dieſe ſtarke Vermuthung durch einen Erfüllungseid allerdings zu bekräftigen;

4 Hiernächſt B) Beklagter die

fol. 184. *ſqq. actor.*

übergebene Additionalartikel mit der darüber geſchehenen Eidesdelation daher für zuläſſig halten will, weil 1) wenn gleich nach der

Churfürſtlich Maynziſchen Gerichtsordnung *Tit.* 16. §. 2., *Tit.* 17. §. 1.

der Beweis durch Eidesdelation während des Beweistermins gewöhnlicher Weiſe geführet werden ſoll, dennoch in eben dieſer

Gerichtsordnung *Tit.* 17. §. 8. 11.

der Beweis durch Zeugen über Additionalartikel noch nach Ablauf des Beweistermins ausdrücklich verſtattet worden, und dieſe Verfügung nicht nur aus dem Grunde des Geſetzes, ſondern auch wegen eines daſigen ohnſtreitigen Gerichtsgebrauchs auf einen durch Urkunden oder Eidesdelation zu führenden Beweis zu erſtrecken;

Zumalen 2) dergleichen Eidesdelation nach gemeinen Rechten für unzuläſſig nicht zu halten;

Auch 3) Kläger den ihm zuerſt zugeſchobenen Eid nicht in der von Beklagtem verlangten, ſondern in einer veränderten Form abgeleget;

Und aus dieſen Gründen, daß anders, als geſchehen, zu erkennen geweſen, es das Anſehen gewinnen möchte;

5 Dennoch aber und dieweil A) was Kläger 1) gegen die Formalien der von Beklagtem eingewandten und ausgeführten Nullitätsklage eingewandt, keine Aufmerkſamkeit verdienet,

indem a) Beklagter gegen das den 14. Ian. 1775 eröffnete Erkenntniß alle ihm zuſtehende Rechtsmittel nebſt einer allenfallſigen Appellation ſtehenden Fußes ſofort eingewandt,

fol. 257. *actor.*

weni-

weniger nicht b) darauf den 23. Febr. 1775., mithin binnen der ge-ſetzten Friſt von 6 Wochen das Rechtsmittel der Nullitätsklage erwählet, und zu deſſen Ausführung ſich eine Friſt von 14. Tagen ausgebeten,

fol. 275.

und c) die Bitte dieſer Friſt für überflüſſig zu halten, da nach dortiger Gerichtsordnung das Rechtsmittel der Nullitätsklage an kein fatale gebunden,

fol. 380.

dannenhero d) ſolches in gegenwärtigem Fall wegen der nicht zur rechten Zeit eingebrachten Rechtfertigung deſſelben keineswegs für erloſchen zu halten.

nicht zu gedenken e) daß Beklagtens Hauptbeſchwerde von der Er- 6
heblichkeit iſt, daß, wenn auch in den Formalien eines eingewandten Rechtsmittels etwas verſehen worden, demſelben doch dagegen die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand nicht verſaget werden dürfte;

L. 7. *pr. D. de reſtit. in integr.*

L. 183. *D. de reg. iur.*

Immaßen 2) die von Beklagtem ausgeführte Hauptbeſchwerde, daß 7
Kläger zu einem Erfüllungseid, daß die von ihm beſage der

fol. actor. 28. *ſq. ſub lit. A. et B.*

beygebrachten Urkunden nach G. und B. verſchickten Fäſſer Eſſig von keinem anderen als von den in Streit begriffenen 127 Eimern, welche ihm Beklagter für Weineſſig verkauft, geweſen, er auch nicht anders wiſſe, glaube und dafür halte, als daß ſothane ſämmtliche von Beklagtem erhandelte 127 Eimer Eſſig gar kein ächter Weineſſig, ſondern eine verfälſchte Waare ſey, zugelaſſen werden wollen, allerdings für gegründet zu achten, da Kläger den ihm verneinten Grund ſeiner Klage, „daß beym Gebrauch ſich geäuſſert, daß der verkaufte Eſſig gar kein „Weineſſig ſey, daß daher durch denſelben die Sachen, worzu er ge„braucht worden, verdorben, auch diejenigen, an welche er auswärts „verſandt worden, ſolchen als untüchtig zurückgeſchickt,

fol. 1 *b. fol.* 5. *actor.*

gänzlich

8 gänzlich nicht bewieſen, anerwogen a) Kläger in dieſem angegebenen Grund der Klage ſich zwar in einem verborgenen Fehler des verkauften Eſſigs gründet, der ſich allererſt beym Gebrauch deſſelben dadurch, daß er Sachen, worzu er gebraucht, verdorben, veroffenbaret, und nicht äuſſerlich ſofort durch den Geruch oder Geſchmack entdecket werden mögen, als in welchem letzteren Fall er ſich ſelbſt beſcheidet,

fol. 45 *b. ſq.*

keine gegründete Klage zu haben, cum edictum Aedilitium ad ea tantum vitia pertineat, quae quis ignorare potuit,

L. 14. *§. f. D. de Aedil. edict.*

allein auf dergleichen verborgenen Fehler, der ſich erſt beym Gebrauch durch Verderbung der Sachen geäuſſert, gar keine Beweisartikel gerichtet,

fol. 26. *ſq. actor.*

9 ferner b) die von ihm zum Beweis übergebenen Urkunden dergleichen angeblichen verborgenen Fehler des verkauften Eſſigs im geringſten nicht bezeugen, ſondern vielmehr das Gegentheil desjenigen, was Kläger in den ganzen Acten, um die Zurückgabe zu begründen, behauptet, nämlich einen offenbaren Fehler, verſichern wollen, der nach der Urkunde ſub lit. A.

fol. 28. *actor.*

ſofort durch den bloßen Geſchmack, und nach der Urkunde ſub lit. B.

fol. 29 *b.*

gleich durch den Geruch und Geſchmack entdeckt werden können;

10 und überdem c) wenn Kläger ſeine Klage auch in einem offenbaren Fehler des von Beklagtem gekauften Weineſſigs gründen wollen, dennoch derſelbe durch die angeführten Urkunden im geringſten nicht für erwieſen zu halten, ſintemalen α) dieſe Urkunden, als von der Obrigkeit ausgeſtellte Urkunden zwar darinn vollkommenen Glauben haben, daß die darinn benannten Schätzer aus dem Geruch und Geſchmack den angegebenen Fehler des Eſſigs bezeuget, allein die Wahrheit dieſes vor der Obrigkeit abgelegten Zeugniſſes, da die Schätzer nicht vereidiget worden,

CARPZOV *Part.* 1. *conſtit.* 22. *def.* 12.

wie recht nicht erweiſen mögen, auch β) wenn durch dieſes Zeugniß der Schätzer, daß der von Klägern an die benannten Perſonen abgeſendete Eſſig für untauglich zu halten, völlig für bewieſen geachtet werden könnte, dennoch dadurch keinesweges bewieſen worden, daß dieſer für untauglich erklärte Weineſſig von demjenigen geweſen, den Kläger von Beklagtem gekauft, vielmehr ſolches von Klägern beſonders hätte erwieſen werden müſſen, und was dagegen in den Zweifelsgründen ad b) 11
für Klägern angeführet worden, von keiner Erheblichkeit iſt, indem einestheils Beklagter in der Antwort auf die Klage ſo wenig eine Verſendung des von ihm gekauften Weineſſigs überhaupt, als die nach G. und B. geſchehene, deren in der Klage noch keine Meldung geſchehen, eingeräumet, auch in der Folge der Acten, als in den Gegenbeweisartikeln, von deſelben nur Bedingnißweiſe redet,

fol. actor. 33 *b. art.* 7., *fol.* 35. *art.* 12.

anderntheils Beklagtem der Beweis, daß Kläger noch anderen Eſſig geführet, wohl nicht aufgebürdet werden mag; Gleichergeſtalt γ) wenn auch der verſendete Eſſig von dem von Beklagtem gekauften Eſſig erweislich geweſen, dennoch Kläger nothwendig noch erweiſen müſſen, daß dieſer Eſſig ſchon zur Zeit des geſchloſſenen Kaufcontracts den durch den Geruch und Geſchmack bemerkten Fehler gehabt, und nicht nachher bey ihm im Keller oder durch ſchlechte Gefäße verdorben worden;

L. 54. *D. de Aedil. edict.*

Endlich δ) wenn auch von Klägern in Anſehung der verſendeten Fäſſer dieſer Beweis geführet wäre, dennoch daraus ein Fehler des ſämmtlichen verkauften Weineſſigs mit einiger Zuverläſſigkeit nicht zu ſchließen, ſondern natürlich von Klägern durch eine verlangte gerichtlich anzuſtellende Probe und Unterſuchung hätte wie recht erwieſen werden können und ſollen;

Nicht zu gedenken d) daß aus der auf Beklagtens Anhalten verfügten gerichtlichen Beſichtigung des in Klägers Keller noch vorhandenen Eſſigs

fol. 299. *actor.*

zurei-

zureichend erhellet, daß Kläger bereits einen anſehnlichen Theil des von Beklagten erhandelten Weineſſigs debitiret, und davon, daß der bey ihm noch vorhandene Eſſig von demjenigen ſey, ſo er vor 9 Jahren von Beklagtem gekauft, im geringſten nicht conſtiret;

13 Hiernächſt B) Beklagtens Beſchwerde wegen der verworfenen Additional-Gegenbeweis-Artikel und der darüber geſchehenen Eidesdelation für gegründet nicht gehalten werden mag,

11 dieweil 1) in der

Churfürſtlich Maynziſchen Gerichtsordnung *Tit.* 16. §. 2., *Tit.* 17. §. 1.

ausdrücklich verordnet, daß nach verfloſſenen Beweistermin keine Eidesdelation weiter zuläſſig, und die beym Beweiſe durch Zeugen gemachte Ausnahme

Tit. 17. §. 8. II.

auf andere Beweismittel nicht zu ziehen, ſondern vielmehr bey denſelben die Regel beſtätiget, cum exceptio in caſibus non exceptis firmet regulam;

L. 12. §. 43. *D. de inſtruct. vel inſtrum. leg.*

L. 4. §. 6. *de pen. legat.*

Dahergegen 2) was Beklagter von einem andern dortigen Gerichtsgebrauch angeführet, von demſelben nicht erwieſen worden;

Auch 3) im gegenwärtigen Fall, wo die Landesgeſetze etwas beſtimmen, auf die Verordnung des gemeinen Rechts keine Abſicht zu nehmen;

Und 4) die Veränderung der Formel des zuerſt Klägern zugeſchobenen Eides eine neue Eidesdelation gegen die Geſetze um ſo weniger begründen mag, da Beklagter das Erkenntniß, welches dieſe veränderte Eidesformel beſtätiget, rechtskräftig werden laſſen;

fol. 165 *b. actor.*

Uebrigens auf ſolche Additionalartikel es nunmehro ohnedem nicht ankömmt, nachdem Beklagter wegen des von Klägern nicht geführten Beweiſes von der Klage ohnedies zu abſolviren geweſen;

Als ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, mit Vergleichung der Koſten, da Kläger ein beyfälliges Urtheil für ſich gehabt, zu erkennen bewogen worden.

DECI-

DECISIO LXXI.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Qui actionem negatoriam inſtituit dominium rei, quam liberam eſſe a ſeruitute adſerit, quod forte reus negauit, tenetur demonſtrare, niſi ex ſitu fundi vel aliis circumſtantiis de temeritate negationis dominii conſtet.

II. Sententia ICtorum, qui reum actione negatoria inſtituta onus probandi ſubire debere, licet ſit conſtitutus in poſſesſione ſeruitutis, adſerunt, analogiae iuris et aequitati videtur eſſe conformior.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Qui negatoriam actionem inſtituit, negato dominio rei, quam liberam adſerit, per eius demonſtrationem ad cauſſam ſeſe legitimare tenetur. n. 2.

Rationes, quare qui ſeruitutem poſſidet, inſtituta actione negatoria, ab onere probandi liberandus ſit adducuntur. n. 3. et refelluntur. n. 6.

Demonſtratione dominii opus non eſt, ſi negatio eius ex circumſtantiis temere facta eſſe paret; praeſertim quum res iudicata eius neceſſitatem excludit. n. 4.

Praeſumtio militat pro libertate naturali. n. 5.

Adducuntur ICti conſentientes. n. 7.

Urtheil.

Auf eingewandte Supplication, deren Rechtfertigung und ferneres rechtliche Einbringen in Sachen des abteylichen Kloſters Br. Klägers jetzt Supplicanten an einem, wider den Hauptmann von B. zu W. Beklagten jetzt Supplicaten am andern Theile,

 erken-

erkennen ꝛc. ꝛc. zur Juſtitzcanzley verordnete Präſident und Räthe nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, für Recht:

1 Nunmehro aus den Acten ſo viel zu befinden, daß klagendes Kloſter zu erweiſen nicht ſchuldig, daß deſſelben Hof von der Dienſtbarkeit des Fahrweges befreyet ſey, ſondern Beklagter, daß ihm von wegen ſeines Guts W. die Gerechtigkeit des Fahrweges über beſagten Hof zuſtehe, binnen 4 Wochen wie recht zu erweiſen verbunden, wogegen klagendem Kloſter der Gegenbeweis, die Eideslation und andere rechtliche Nothdurft vorbehalten wird. Von Rechts wegen.

Entſcheidungsgründe.

Obzwar Beklagter zu behaupten ſucht, daß durch das

Nr. actor. 37.

befindliche den 18. May 1775 eröffnete Urtheil er vielmehr als klagendes Kloſter für beſchwert zu halten,

2 indem 1) klagenden Kloſter nicht zuförderſt der Beweis des vorgegeben Eigenthums des zum Fahrwege dienenden Platzes auferlegt worden, und Beklagter demſelben ſolches gleichwohl abgeleugnet, und behauptet, daß dieſer Platz ein öffentlicher Weg und Landſtraße ſey, bekannten Rechten nach aber niemand eine Negatorienklage anzuſtellen befugt, als welcher durch den Beweis des ihm abgeleugneten Eigenthums der dienenden Sache darzu für legitimirt zu halten;

arg. L. 16. *D. de except.*

LEYSER *ſpec.* 109. *med.* I.

Hiernächſt 2) klagendes Kloſter es keinesweges als eine gegründete Beſchwerde anzuſehen haben dürfte, daß demſelben nach vorausgeſetztem Eigenthum in Betracht, daß Beklagter ſich im Beſitz der Gerechtigkeit

3 des Fahrweges befindet, der Beweis der Freyheit des Kloſterhofes von dieſer Dienſtbarkeit auferleget worden, angeſehen, wenn gleich die Freyheit einer Sache für eine natürliche Folge des Eigenthums zu halten, und daher aus demſelben als eine ſolche zu vermuthen,

L. 9. *D. de ſeruit. praed. vrb.*

L. 8. *C. de ſeruit.*

dennoch

dennoch bekannten Rechten nach aus dem Beſitz eine rechtliche Vermuthung für den Beſitzer entſtehe,

L. 2. C. de probat.

L. f. C. de rei vindic.

welche denſelben von der Laſt des Beweiſes befreyen, und ſelbige auf den Gegentheil ohngeachtet der von ihm angeführten Vermuthung der natürlichen Freyheit, welche durch die aus dem Beſitz der Gerechtigkeit entſtehende Vermuthung für aufgehoben zu halten, bringen müſſe, ſolche Meinung auch durch verſchiedene Rechtsgründe begründet zu ſeyn ſcheinet, maßen a) überhaupt eine allgemeine Vermuthung, dergleichen die Vermuthung der Freyheit iſt, durch eine beſondere Vermuthung, die aus beſonderen Handlungen, wohin der Beſitz zu rechnen, entſtehet, entkräftet und aufgehoben wird,

c. 4. X. de praeſumt.

BOEHMER *iur. eccleſ. Lib. 2. Tit. 23. §. 7.*

auch b) beſonders der aus dem Beſitz entſpringenden Vermuthung dieſe Kraft gegen die in Rechten gleichfalls gegründete Vermuthung einer perſönlichen Freyheit in Geſetzen ausdrücklich beygeleget worden,

L. 7. §. f. D. de liber. cauſſ.

L. 14. D. de probat.

da dennoch die perſönliche Freyheit einen ungleich größeren fauorem als die Freyheit der Sachen hat,

L. 122. D. de reg. iur.

und für eine natürliche Folge des einem jeden zuſtehenden Rechts der Menſchlichkeit zu halten,

GROTIVS *de iur. belli et pac. Lib. 2. cap. 22. §. 11.*

und daher c) auch der aus dem Beſitz einer Gerechtigkeit entſtehenden Vermuthung dieſe Kraft in den Rechten beygeleget zu ſeyn ſcheinet, daß der Kläger in der Negatorienklage gegen den Beſitzer der Gerechtigkeit die Freyheit ſeiner Sache zu erweiſen verbunden,

L. 15. D. de nou. oper. nunciat.

woher auch bewährte Rechtslehrer dieſe Meinung behaupten;

MEVIVS *part.* 8. *dec.* 292.

LYNCKER *cent.* I. *dec.* 16.

COCCEII *iur. controuerſ. Tit. ſi ſeruit. vindic. Qu.* 4.

Und aus dieſen Gründen, daß auf dieſe angebrachte Beſchwerde nicht zu erkennen geweſen, es das Anſehen gewinnen möchte;

4 Dennoch aber und dieweil quoad 1) die vom Beklagtem vorgeſchützte Einrede, daß dem klagenden Kloſter zuförderſt der Beweis des Eigenthums an dem Platz des ſtreitigen Fahrweges aufzuerlegen, keine Aufmerkſamkeit verdienet, da auch ſchon das Urtheil vom 18. May 1775, worinn dieſe Einrede als ungegründet übergangen, und dadurch verworfen worden, gegen ihn rechtskräftig geworden, nicht zu gedenken, daß, wenn er dieſe Einrede vermittelſt eines eingewandten Rechtsmittels fortſetzen wollen, ihm der Beweis des gänzlich unwahrſcheinlichen Vorgebens, daß, ehe der Kloſterhof an dem jetzigen Ort angeleget worden, daſelbſt bereits die Landſtraße gegangen, und von dem Kloſter, durch Anlegung verſchiedener Gebäude von beyden Seiten eingeſchloſſen worden, obgelegen haben würde;

5 Hiernächſt quoad 2) die von klagendem Kloſter angebrachte Beſchwerde für ungegründet nicht zu halten, daß nämlich ſelbiges bey dem vorausgeſetzten Eigenthum des ganzen Kloſterhofes und des in Frage ſtehenden Platzes mit dem auferlegten Beweiſe der natürlichen Freyheit von der Dienſtbarkeit des Fahrweges beleget, und nicht vielmehr dem Beklagten der Beweis der angemaßten Gerechtigkeit, wenn er gleich im Beſitz derſelben geſchützet iſt, auferleget worden, anerwogen a) die Freyheit von der Dienſtbarkeit als eine natürliche Folge des Eigenthums an Grund und Boden anzuſehen,

L. 9. *D. de ſeruit. praed. vrb.*

L. 8. §. 5. *D. ſi ſeruit. vind.*

L. 8. *C. de ſeruit.*

folglich durch das bloße Eigenthum der Sache ſo lange für erwieſen zu halten, bis der Gegentheil eine vorgegebene Einſchränkung deſſelben rechtlicher Gebühr nach bewieſen;

PVFENDORF *part.* I. *obſ.* 37.

Dieſer Beweis aber b) durch den bloßen Beſitz der angemaßten Gerechtigkeit für beygebracht nicht gehalten werden mag, indem α) ein Beſitz bekannten Rechten nach nur ſodann wegen der für den Beſitzer ſtreitenden Vermuthung von der Laſt des Beweiſes befreyet, wenn dieſem Beſitz nicht eine andere wichtige Vermuthung entgegenſteht,

L. I. §. 40. *ſqq. D. de aqua quotid.*

c. 7. *de priuileg. in* 6.

STRYK *de neceſſit. edendi titul. poſſeſſ. cap.* I. *n.* 139. *ſqq.*

und β) der Beſitz einer Gerechtigkeit auf fremden Grund und Boden leicht ohne ein gegründetes Recht erlanget werden kann, und daher keine zureichende Vermuthung für das Recht der Gerechtigkeit zum Nachtheil der dem Eigenthümer zuſtehenden Freyheit begründen mag; Ferner c) der Beſitzer einer Gerechtigkeit, wenn ſolche ihm wirklich zuſteht, gar leicht einen natürlichen Beweis derſelben zu führen vermögend iſt, da hingegen ein weiterer Beweis der Freyheit einer Sache, als der, ſo aus dem Eigenthum genommen, faſt unmöglich und wenigſtens mit unendlichen Schwierigkeiten verbunden iſt;

LEYSER *ſpec.* 109. *med.* 5.

Auch d) daher von dem Beweiſe einer perſönlichen Freyheit auf den Beweis der Freyheit eines eigenthümlichen Grundſtücks kein gegründeter Schluß zu machen, bevorab die letztere, als eine natürliche Folge des Eigenthums anzuſehen, und daher mit dieſem die Freyheit des Grundſtücks ſo lange anzunehmen iſt, bis die auf daſſelbe gelegte Dienſtbarkeit beygebracht worden;

Und e) die in dem angeführten

L. 15. *D. de noui oper. nunciat.*

enthaltene Verordnung von dem Fall zu verſtehen, wenn der Kläger in der Negatorienklage zur Strafe ſeines Ungehorſams den Beſitz der natürlichen Freyheit verloren;

BRVNNEMANN *ad cit. L.* 15.

Daher auch dieſe Meinung als eine gemeine Meinung von den bewährteſten Rechtslehrern behauptet wird;

CARPZOV *Lib.* I. *reſponſ.* 67. *n.* 12.

RICHTER *Dec.* 98. *n.* 53. 63.

STRYK *Vſ. mod. Tit. ſi ſeruit. vind.* §. 2.

BOEHMER *iur. eccleſ. Lib.* 2. *tit.* 23. §. 8.

HERTIVS *de quaſi poſſidente probante Sect.* 2. §. 3.

DE CRAMER *obſ. iur. Tom.* 3. *obſ.* 927.

Als ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, zu erkennen bewogen worden.

CON-

CONSILIVM LXXII.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Quamuis amiſſo iure ciuitatis in vrbe aliqua ius adgnationis non intereat; tamen per diſpoſitionem vltimae voluntatis, quae deſcendentibus, quatenus ius ciuitatis in vrbe quadam conſeruarunt, certa commoda adſignauit, efficitur, vt amiſſo ciuitatis iure ab hiſce commodis deſcendens excludatur.

II. Diſpoſitio teſtatoris, quae in caſum mortis alicuius deſcendentium concepta haeredibus eius ab inteſtato proſpicit, niſi de morte naturali, non poteſt adcipi; hincque non extendenda venit ad eum caſum, quo viuus perinde ac ſi eſſet mortuus, iura quaedam ex diſpoſitione alias competentia amiſit.

III. Fideicommiſſum in fauorem deſcendentium conceptum non poteſt extendi ad perſonas extraneas, licet ſint haeredes deſcendentium fideicommittentis.

IV. Conditiones, quas teſtator in fideicommiſſo pro maſculis deſcendentibus relicto, iis adſcripſit, qui eius volunt eſſe participes, non ideo trahendae ſunt ad fideicommiſſum, quod exſtinctis maſculis deſcendentibus, iis fauet, qui per feminas a teſtatore originem ducunt.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio prima. n. 2.
Amiſſio iuris ciuitatis in vrbe Imperii Romano-germanici non efficit capitis deminutionem mediam, neque a iure ſuccedendi aliquem excludit. n. 3.
At per diſpoſitionem teſtatoris, qui fideicommiſſum deſcendentibus maſculis, quatenus iure ciuitatis adhuc

adhuc in vrbe gaudent, reliquit defectus iuris ciuitatis excluſionem a fideicommiſſo ſecum trahit. n. 4.
Deciſio quaeſtionis primae. n. 5.
Quaeſtio ſecunda. n. 6.
Caſus, vbi deſcendens viuus ratione iuris participandi de fideicommiſſo pro mortuo habetur. n. 7.
Sed non ideo abſoluto pro mortuo debet cenſeri, neque viuus haeredes ab inteſtato habere poteſt. n. 8.
Deciſio quaeſtionis ſecundae. n. 9.
Quaeſtio tertia. n. 10.
Matri viuo filio euentuale ius ſuccedendi ab inteſtato, ſi ea ſuperſtite ſine deſcendentibus aeque ac ſine teſtamento deceſſerit, competit. n. 11.
Sed ideo non actu haeres ab inteſtato dici poteſt. n. 12.
Deciſio quaeſtionis tertiae. n. 13.
Quaeſtio quarta. n. 14.
Haeres fideicommiſſarii non admitti poteſt ad fideicommiſſum a teſtatore pro ſuis deſcendentibus conſtitutum n. 15.
Deciſio quaeſtionis quartae n. 16.
Quaeſtio quinta. n. 17.
Conditiones, quas teſtator in vno caſu praeſcripſit rationibus ſpecialibus ductus, ad alios caſus plane diuerſos incongrue trahuntur. n. 18.
Deciſio quaeſtionis quintae. n. 19.
Quaeſtio ſexta cum deciſione ex ante dictis fluente. n. 20.

Als derſelbe uns eine Geſchichtserzählung nebſt angehängten Rechtsfragen zugeſendet, und unſer in den Rechten gegründetes Gutachten darüber zu ertheilen gebeten;

Demnach erachten wir nach fleißiger derſelben Verleſung und gemeinſchaftlich gepflogener Erwägung den Rechten gemäß zu ſeyn:

1 Hat der Herr von S. zu N. im Jahr 1750 eine Stiftung errichtet, deren Inhalt vermöge eines beygelegten Auszugs dahin gehet, daß 1) die Aufkünfte gewiſſer beſtimmter Grundſtücke oder deren Kaufſchillinge zuſammen geſchlagen, 2) der nach Abzug der Ausgaben und Unkoſten verbleibende jährliche Ueberſchuß der Einkünfte in die Handlung zu 4 Procent gelegt, 3) mit Cumulirung der Einkünfte und deren Zinſen ſo lange, bis eine Summe von 20000 Gulden geſammlet, fortgefahren werden ſolle, damit 4) dieſes quantum nicht allein der Handlung benöthigten Falls zu einem Verſtärkungscapital dienen, ſondern auch

5) ein

5) ein beſtändiger und von keinem Stiftungsintereſſenten bis auf nachher beſtimmten Fall anzugreifender Stiftungsfundus ſeyn und bleiben möge, daß 6) zu dieſem quanto mittelſt gleichmäßiger Cumulirung der Einkünfte und Zinſen wiederum 20000 Gulden geſammlet, hierauf nicht nur 7) das ganze quantum von 40000 Gulden unter die zu ſelbiger Zeit am Leben seyende männliche Particicipanten nach Verhältniß der Jahre ihres Alters vertheilet, und ſogleich einem jeden ſeine rata als eigenthümlich, mithin nicht mehr zur Stiftung gehörig nebſt den jährlich davon fallenden Zinſen überlaſſen, ſondern auch 8) die von den bemeldeten Stiftungshäuſern und Wieſen einkommenden Aufkünfte nach Abzug der Loſung und anderer Koſten auf gleiche Art unter beſagte männliche Intereſſenten jährlich ausgetheilet, und 9) damit ſo lange, als ein männlicher Participant vorhanden ſeyn wird, fortgefahren, jedoch 10) diejenigen, welche in N. nicht wohnhaft bleiben, oder auch die Evangeliſchlutheriſche Religion verändern, von dem Genuß der Stiftung ausgeſchloſſen: Sodann 11) nach Abgang des männlichen Stammes ein ganz neuer fundus aus den Aufkünften der vorher beſtimmten Grundſtücke geſammlet, und mit gleichmäßiger Cumulirung dieſer Aufkünſte, wie vorher gemeldet, ſo lange vermehret werden ſolle, bis die jährlichen Intraden deſſelben nach Abzug der Koſten und Ausgaben zuſammen 3000 Gulden betragen, hierauf 12) jährlich am Friedenstage davon zwey Drittheil unter die vorhandene von der weiblichen Seite herrührende Deſcendenten männlichen und weiblichen Geſchlechts nach Verhältniß der Jahre ihres Alters pro rata ausgetheilt, jedoch 13) diejenigen davon ausgeſchloſſen werden ſollen, welche etwa wider Vermuthen die Evangeliſchlutheriſche Religion verändern möchten, und 14) das übrige Drittel der Armuth zum Beſten zur Ausführung eines gewiſſen Plans, den der Stifter mit Errichtung eines Brüderhauſes für verarmte Kaufleute beliebet, jährlich zurückgeleget, und 15) wenn erſt berührte Intereſſenten völlig ausſtürben, auf eine beſtimmte Weiſe mit den völligen angegebenen Stiftungsgütern auf ewig angewandt werden, hiernächſt 16) im Fall die männlichen Deſcendenten ehe das zum Beſten des Mannsſtammes zu ſammlende und endlich zu vertheilende Capital völlig colligiret worden, abgehen und ausſterben ſollten, alsdenn das vorhandene Capital, ſoweit es colligiret worden, des letztern männlichen Inteſtaterben zufallen, hingegen 17) im Fall das er-

meldete Capital der 40000 Fl. zwar wirklich colligiret, aber nur noch nicht wirklich zugeſchrieben oder vertheilet worden, alsdenn auch derer nach ſolcher wirklich.. Collection und nur vor der wirklichen Vertheilung verſterbenden anderen männlichen Participanten Inteſtaterben nebſt den letzten männlichen Deſcendenten daran Theil haben, und ihren Erblaſſern nach denſelben gebührenden Antheilen ſuccediren ſollen.

Nachdem nun von dem Stifter Herrn von S. anjetzo zwar verſchiedene Enkel von dreyen nachgelaſſenen Kindern deſſelben vorhanden, als 1) von einer Tochter Margaretha Clara von S. die ſchon vor der Stiftung das Bürgerrecht zu N. aufgegeben, 5 Söhne und 2 Töchter, 2) von einem Sohne Iuſt. Iac. von S. der als Bürger geſtorben zwey Söhne und eine Tochter, die ſämmtlich das Bürgerrecht aufgegeben, und 3) von einem Sohn Iohann Friederich von S. der als Bürger geſtorben, deſſen noch lebende Wittwe aber nachher das Bürgerrecht aufgegeben, eine Tochter, die das Bürgerrecht gleichfalls aufgegeben, und ein Sohn der Lieutenant von S. der allein von allen Deſcendenten bis jetzt das Bürgerrecht beybehalten, allein die unter dieſen Enkeln befindlichen Agnaten oder männlichen Deſcendenten bis auf den Lieutenant von S. wegen des aufgegeben Bürgerrechts in Anſehung dieſer Stiftung für todt anzuſehen; ſo entſtehen nachfolgende Fragen,

Erſte Frage:

2 Ob, wenn der Lieutenant von S. als der dermalige einzige Stiftungsfähige maſculus gleichfalls das Bürgerrecht aufgeben, und ſich anderswo häuslich niederlaſſen ſollte, alsdenn es dafür anzuſehen, als ob die männliche Deſcendenz durch Ableben ſich geendiget habe?

3 Ob nun wohl es ſeine ohnſtreitige Richtigkeit hat, daß der Lieutenant von S. durch Aufgeben ſeines Bürgerrechts nicht nur nicht naturaliter ein männlicher Deſcendent des Stifters von S. zu ſeyn aufhören kann, ſondern auch ciuiliter von deſſen männlicher Deſcendenz für ausgeſchloſſen nicht gehalten werden mag, indem der Verluſt des Bürgerrechts in einer Stadt nicht als eine Römiſche capitis deminutio media anzuſehen, wodurch, als durch einen bürgerlichen Tod,

§. 1. *I. quib. mod. ius patr. pot. ſolv.*

das Recht der Agnation und der Familie verloren gegangen,

§. 3. *I. de legit. agnat. tut.*

einfolglich der Lieutenant von S. nach aufgegebenem Bürgerrecht zu N. allerdings das Recht der Agnation und das damit verknüpfte Recht der Erbfolge behält;

SCHILTER *de iure peregrin.* §. 41.

Dennoch aber und dieweil 1) im gegenwärtigen Fall nicht auf ein bloßes Recht der Agnation noch auf eine damit verknüpfte Fähigkeit der Erbfolge ab inteſtato, ſondern vornämlich auf eine vom Stifter ausdrücklich beſtimmte Beſchaffenheit der zu der von ihm abſtammenden Familie gehörigen männlichen Deſcendenten es ankömmt; 4

und 2) der Stifter in der Stiftung ausdrücklich verordnet, daß blos diejenigen männlichen Deſcendenten, welche in N. wohnhaft bleiben, und dadurch das Bürgerrecht beybehalten, einer Theilnehmung an der gemachten Stiftung fähig ſeyn ſollen;

Dannenhero 3) alle männliche Deſcendenten deſſelben, welche in N. nicht wohnhaft geblieben und das Bürgerrecht aufgegeben haben, von dieſer Stiftung völlig ausgeſchloſſen ſind, und in ſo fern in Anſehung derſelben für todt zu halten;

L. 1. §. 5. *D. de coniung. cum emanc. lib. eius.*

Folglich 4) da der Lieutenant von S. bis jetzt noch der einzige Stiftungsfähige männliche Deſcendent iſt, durch deſſen Aufgeben des Bürgerrechts die ganze männliche Deſcendenz des Stifters in Anſehung der Stiftung für ausgeſtorben zu halten;

Als halten wir den Rechten nach dafür:

Daß, wenn der Lieutenant von S. als der dermalige einzige Stiftungsfähige maſculus gleichfalls das Bürgerrecht aufgeben, und ſich anderswo häuslich niederlaſſen ſollte, alsdenn es dafür anzuſehen, als ob die männliche Deſcendenz des Stifters durch Ableben ſich geendiget habe. 5

Zweyte Frage:

6 Ob alsdann dadurch der in der Geſchichtserzählung Nr. 16. bemerkte Fall entſtehe, in Anſehung deſſen der Stifter verordnet, daß, wenn der letzte männliche Deſcendent, ehe die ganze Summe von 40000 Fl. geſammlet worden, mit Tode abgehen würde, alsdann das vorhandene Capital, ſo weit es geſammlet worden, deſſen Erben ab inteſtato zufallen ſolle?

7 Ob nun gleich 1) aus dem vorhergehenden erhellet, daß, wenn der Lieutenant von S. jetzt das Bürgerrecht zu N. auch aufgeben ſollte, alsdann in Anſehung der Stiftung es dafür anzuſehen, als ob die männliche Deſcendenz des Stifters durch Ableben ſich geendiget habe;

und 2) der Stifter die allgemeine Verordnung gemacht, daß, wenn der letzte männliche Deſcendent, ehe die ganze Summe von 40000 Fl. geſammlet worden, mit Tode abgehen möchte, alsdenn das vorhandene Capital, ſoweit es geſammlet worden, deſſen Erben ab inteſtato zufallen ſolle;

Mithin 3) ſo wie, wenn der Lieutenant von S. jetzt natürlich mit Tode abgehen ſollte, deſſen Inteſtaterben das noch nicht völlig geſammlete Capital, ſoweit es bis jetzt geſammlet, zu verlangen ohne allem Zweifel befugt ſeyn würden, deſſen Inteſtaterben gleichergeſtalt nach geſchehenem Aufgeben des Bürgerrechts das Capital, ſo weit es geſammlet, um ſo mehr aus dieſer Verordnung fordern zu können ſcheinen, je weniger es einem Zweifel unterworfen, daß nach der zureichend geäuſſerten Abſicht des Stifters es in Anſehung der Stiftung bey männlichen Deſcendenten gleichgültig iſt, ob dieſelben durch einen wirklichen Tod, oder dadurch, daß ſie durch Aufgeben des Bürgerrechts für todt anzuſehen, von der Theilnehmung an der Stiftung ausgeſchloſſen worden;

8 Dennoch aber und dieweil der in der Geſchichtserzählung Nr. 16. bemerkte Fall, wenn nämlich der letzte von des Stifters männlichen Deſcendenten, ehe und bevor das zum Beſten des männlichen Stammes zu ſammlende Capital von 40000 Fl. wirklich colligiret worden, mit Tode abgehen würde, nach der Abſicht des Stifters einzig und allein vom eigentlichen natürlichen Tode des letzten Stiftsfähigen männlichen Deſcendenten verſtanden werden mag,

aner=

anerwogen 1) die gebrauchten Worte: **mit Tode abgehet**, nach dem gemeinen Sprachgebrauch vom eigentlichen natürlichen Tode zu verſtehen, und nach dieſem Sprachgebrauch auch in der Stiftung erkläret werden müſſen, cum non aliter a ſignificatione verborum recedi oporteat, quam cum manifeſtum eſt, aliud ſenſiſſe teſtatorem;

L. 69. pr. D. de legat. 3.

Auch 2) dieſes daraus unwiderſprechlich erhellet, daß der Stifter das bey Abſterben des letztern Stiftungsfähigen männlichen Deſcendenten vorhandene Capital deſſen *ab inteſtato* **habenden Erben** nachgelaſſen, mithin offenbar von einem eigentlichen natürlichen Tode deſſelben geredet, nach welchem allein Erben ab inteſtato deſſelben gedacht werden mögen, cum viuentis non ſit hereditas nec heres,

L. 3. C. de vſucap. pro hered.

Und 3) wenn gleich bey einem männlichen Deſcendenten das Aufgeben des Bürgerrechts in N. in Anſehung dieſer Stiftung dem Tode deſſelben gleich zu achten, ſolches doch nach der deutlichen Abſicht des Stifters nur ſecundum quid, nämlich in ſo fern zu verſtehen, daß ein ſolcher männlicher Deſcendent, ſo wenig als ein bereits verſtorbener an der Stiftung Theil haben ſolle, keinesweges aber abſolute et ſimpliciter zum Beſten der Anverwandten deſſelben gelten mag;

Zumalen 4) der Stifter zureichend die Abſicht geäuſſert, durch dieſe Stiftung ſeine männlichen Deſcendenten in N. wohnhaft zu bleiben zu verbinden, und aus dieſem Grunde blos dem letzten, der bis an ſeinen Tod dieſer Abſicht ſich gemäß bezeiget und Stiftungsfähig geblieben, das Recht ertheilet, das ſodann vorhandene Capital auf ſeine Inteſtaterben zu bringen, keinesweges aber daraus gefolgert werden kann, als ſollte er die Meinung gehabt haben, dem letzten männlichen Deſcendenten die Freyheit zu ertheilen, entweder Stiftungsfähig zu bleiben, oder durch eine ſich vorſetzlich zugezogene Unfähigkeit den Vortheil der ganzen Stiftung auf ſeine nächſte Anverwandten noch bey Lebzeiten zu bringen;

Als ſind wir der rechtlichen Meinung:

Daß, wenn der Lieutenant von S. das Bürgerrecht in N. gleichfalls aufgeben ſollte, dadurch der in der Geſchichtserzählung 9

Nr. 16. bemerkte Fall, wo das alsdann vorhandene Capital, ſo weit es geſammlet worden, deſſen Erben ab inteſtato zufallen würde, keinesweges für eingetreten angeſehen werden könne.

Dritte Frage:

10 Ob auf dieſen Fall die Mutter des Lieutenants von S., die das Bürgerrecht auch ſchon aufgegeben, da der Lieutenant von S. keine Kinder hat, als deſſen Erbin ab inteſtato ſich vorbemeldeter Diſpoſition des Stifters bedienen, und das in Frage ſtehende Capital, ſo weit es geſammlet ſeyn wird, in rechtlichen Anſpruch nehmen, und deſſen Herausgabe verlangen könne?

11 Ob nun zwar, da der Lieutenant von S. keine Kinder hat, deſſen Mutter, wenn er jetzt mit Tode abgehen ſollte, deſſelben ohnſtreitige Erbin ab inteſtato ſeyn würde, und daraus behauptet werden möchte, daß wenn er durch Aufgeben des Bürgerrechts in N. in Anſehung der Stiftung als todt anzuſehen, die Mutter, als Erbin ab inteſtato, das Stiftungscapital der männlichen Deſcendenten, ſo weit es geſammlet worden, nach Inhalt der Stiftung in rechtlichen Anſpruch zu nehmen und deſſen Auszahlung zu verlangen wohl befugt ſey, zumalen der Umſtand, daß ſie ſchon für ſich das Bürgerrecht in N. aufgegeben, in Anſehung dieſes Rechts ihr um ſo weniger entgegengeſetzt werden mag, je weniger der Stifter zur Fähigkeit der Inteſtaterben des letzten männlichen Deſcendenten, das vorhandene Capital zu fordern, das Bürgerrecht in N. erfordert;

Dieweil aber dennoch wenn der Lieutenant von S. das Bürgerrecht in N. aufgeben ſollte, deſſen Mutter, wenn ſie gleich durch bereits geſchehenes Aufgeben ihres Bürgerrechts von dem Rechte, das geſammlete Capital zu fordern, nicht für ausgeſchloſſen zu halten, dennoch daſſelbe, als Inteſtaterbin ihres Sohnes, auf keine Weiſe in Anſpruch nehmen mag,

angeſehen 1) aus dem vorhergehenden erhellet, daß, wenn der Lieutenant von S. das Bürgerrecht in N. aufgeben ſollte, der in der Stiftung beſtimmte Fall, wo des verſtorbenen letzten Stiftungsfähigen männlichen Deſcendenten Inteſtaterben das alsdenn vorhandene Capital zu fordern berechtiget ſind, auf keine Weiſe eintreten mag;

12 Hiernächſt 2) da der Lieutenant von S. keine Kinder hat, die Mutter zwar Hofnung hat, wenn er vor ihr ohne Kinder mit Tode abgehen ſollte,

ſollte, deſſelben Inteſtaterbin dereinſt zu werden, allein jetzt, da derſelbe noch lebet, deſſen wirkliche Inteſtaterbin noch gar nicht iſt;

Nicht zu gedenken 3) daß, da der Lieutenant von S. noch eine vollbürtige Schweſter am Leben hat, die Mutter, wenn er jetzt mit Tode abgehen ſollte, nicht die einzige Inteſtaterbin deſſelben ſeyn, ſondern mit der vollbürtigen Schweſter zu gleichen Theilen erben würde;

Als gehet unſere rechtliche Meinung dahin:

Daß, wenn der Lieutenant von S. das Bürgerrecht in N. aufge- 13
ben ſollte, deſſelben Mutter das zum Beſten des männlichen Stammes geſammlete Capital, ſoweit es alsdann geſammlet ſeyn wird, als Inteſtaterbin deſſelben, in rechtlichen Anſpruch zu nehmen, und deſſen Herausgabe zu verlangen für befugt nicht zu halten ſey.

Vierte Frage:

Ob, wenn die Mutter als Inteſtaterbin des Lieutenants von S. 14
das zum Beſten des Mannsſtammes geſammlete vorhandene Capital in Anſpruch zu nehmen befugt, dieſelbe auch für ſich und ihre künſtige männliche und weibliche Deſcendenz die Stiftungsmäßige Theilnehmung an den jährlich zu vertheilenden Zinſen à 3000 Fl. von dem zum Beſten der von weiblicher Seite vom Stifter herrührenden Deſcendenten männlichen und weiblichen Geſchlechts zu ſammlenden Fond bis zur gänzlichen Erlöſchung des von S. Geſchlechts verlangen könne?

Ob nun gleich wenn die Mutter als Inteſtaterbin des Lieutenants von S. zum Beſten des Mannsſtammes geſammlete Capital in Anſpruch zu nehmen berechtiget ſeyn ſollte, dieſelbe durch das für ſich und ihre Erben erhaltene Capital des Vor theils der Hauptſtiftung theilhaftig wird, und daraus geſchloſſen werden möchte, daß ſelbige daher auch für ſich und ihre künftige männliche und weibliche Deſcendenz an der zweyten zum Beſten der von weiblicher Seite vom Stifter herrührenden Deſcendenten männlichen und weiblichen Geſchlechts gemachten Stiftung der jährlich von einem neuen geſammleten Capital zu vertheilenden Zinſen à 3000 Fl. bis zur gänzlichen Erlöſchung des von S. Geſchlechts Theil nehmen müſſe;

Dennoch

15 Dennoch aber und dieweil 1) die zweyte vom Stifter von S. nach erloſchenem Mannsſtamm zum Beſten der von weiblicher Seite abſtammenden Deſcendenten gemachte Stiftung von der erſten zum Beſten des Mannsſtammes errichteten Stiftung in Anſehung der Perſonen, welche daran Theil nehmen ſollen, nach der Verordnung des Stifters ganz verſchieden iſt, indem an der zweyten Stiftung blos diejenigen Deſcendenten des Stifters Antheil nehmen ſollen, welche, weil ſie von weiblicher Seite von demſelben abſtammen, der erſten Stiftung an ſich unfähig ſind;

und 2) die Inteſtaterben der letzten Stiftungsfähigen Mannsperſon, denen das noch nicht völlig geſammlete Capital des Mannsſtammes nach deſſen Abſterben zufallen ſoll, zum Genuß der zweyten Stiftung als Inteſtaterben des letzten männlichen Deſcendenten nicht allein mit keinem Worte gerufen worden, ſondern auch, als Inteſtaterben eines Stiftungsfähigen maſculi keine von weiblicher Seite vom Stifter abſtammende Deſcendenten werden, mithin als bloße Inteſtaterben eines ſolchen Stiftungsfähigen maſculi zu einer Theilnehmung an der zweyten Stiftung im geringſten nicht qualificiret werden, ſondern natürlich an derſelben nicht mehreren Antheil haben können, als ſie daran gehabt haben würden, wenn ſie auch keine Inteſtaterben des letzten Stiftungsfähigen männlichen Deſcendenten geweſen wären;

Als halten wir den Rechten nach dafür:

16 Daß, wenn auch die Mutter des Lieutenants von S. als eine Inteſtaterbin deſſelben das zum Beſten des Mannsſtammes bereits geſammlete Capital in rechtlichen Anſpruch zu nehmen vermöchte, ſie dennoch aus dieſem Grunde ſo wenig für ſich als für ihre künftige männliche und weibliche Deſcendenten an der zweyten Stiftung einen Antheil zu nehmen für befugt zu halten.

Fünfte Frage:

17 Ob der N. Stadtrath aus dem Grunde, daß die Mutter des Lieutenants von S. das Bürgerrecht auch ſchon aufgegeben, und ſich anderswo häuslich niedergelaſſen, derſelben als einer Inteſtaterbin ihres Sohnes die Succeſſion in mehrgedachtes Capital, und den Genuß

Genuß der Zinſen von der zweyten Stiftung zu bezweifeln für befugt zu halten?

Ob nun wohl der Stifter von S. bey der erſten zum Beſten des Mannsſtammes errichteten Stiftung ausdrücklich verordnet, daß die von ihm abſtammenden männlichen Deſcendenten nicht nur wenn ſie die Evangeliſchlutheriſche Religion verändert, ſondern auch wenn ſie in N. nicht wohnhaft geblieben, und dadurch das Bürgerrecht aufgegeben, vom Genuß dieſer Stiftung gänzlich ausgeſchloſſen ſeyn ſollen, und aus dieſer Verordnung geſchloſſen werden möchte, daß nach der Abſicht des Stifters auch beyde angegebene Bedingungen, nämlich die Evangeliſchlutheriſche Religion und das Bürgerrecht in N. ſowohl bey den Inteſtaterben des letzten vor völlig geſammletem Capital verſtorbenen männlichen Deſcendenten, als auch bey den von weiblicher Seite abſtammenden Deſcendenten, die den Genuß der zweyten Stiftung erhalten wollen, eintreten müſſen, folglich der Magiſtrat zu N. die Mutter des Lieutenant von S. aus dem Grunde, daß ſie das Bürgerrecht in N. ſchon aufgegeben, von der Succeſſion in mehrgedachtes Capital und von dem Genuß der zweyten Stiftung auszuſchließen für befugt zu halten;

Dieweil aber dennoch 1) nach dem Inhalt der erſten zum Beſten des 18
Mannsſtammes errichteten Stiftung die bey Stiftungsfähigen männlichen Deſcendenten erforderten Bedingungen bey den Inteſtaterben des letzten vor völlig geſammletem Capital verſtorbenen maſculi zum Behuf der Succeſſion in dieſes Capital gar nicht für nothwendig zu halten, angeſehen a) der Stifter von S. dieſe beyden Bedingungen blos ſeinen männlichen Deſcendenten, die der Stiftung fähig ſeyn wollen, vorgeſchrieben, und derſelben bey den Inteſtaterben des letzten männlichen Deſcendenten mit keinem Worte Erwähnung gethan, ſondern vielmehr dieſen Inteſtaterben überhaupt und ohne die geringſte Einſchränkung das Recht, das geſammlete Capital zu verlangen, ertheilet, auch b) der Zweck des Stifters, durch dieſe Stiftung ſeine männlichen Deſcendenten zur Beybehaltung der Evangeliſchlutheriſchen Religion und des Bürgerrechts in N. zu bewegen, bey den Inteſtaterben des letzteren maſculi, die nicht eben Deſcendenten von ihm ſeyn dürfen, wegfällt, mithin gar kein Grund vorhanden, woraus dieſe Bedingungen auch auf gedachte Inteſtaterben zu ziehen;

Hiernächſt 2) nach dem Inhalt der zweyten zum Beſten der von weiblicher Seite abſtammenden Deſcendenten errichteten Stiftung zur Fähigkeit der daran Theil nehmenden Perſonen nichts erfordert worden, als daß ſie nicht die Evangeliſchlutheriſe Religion verändert, mithin die vom Stifter hier im geringſten nicht verlangte Bedingung des Bürgerrechts in N. um ſo weniger zum Genuß dieſer zweyten Stiftung für erfoderlich zu halten, je weniger der Stifter vermuthen und erwarten können, daß alle von weiblicher Seite von ihm abſtammende männliche und weibliche Deſcendenten zu ewigen Zeiten in N. wohnhaft bleiben und daſelbſt das Bürgerrecht behalten würden;

Als iſt unſere rechtliche Meinung:

19 Daß die Mutter des Lieutenants von S., wenn ſie nicht aus anderen Gründen als Inteſtaterbin ihres Sohnes von der Succeſſion in mehrgedachtes geſammletes Capital, und vom Genuß der Zinſen der zweyten Stiftung für ausgeſchloſſen zu halten, wegen des bereits aufgegebenen Bürgerrechts in N. vom Magiſtrat daſelbſt davon nicht ausgeſchloſſen werden dürfte.

Sechſte Frage:

20 Ob die Mutter des Lieutenants von S. wenn ſie als Inteſtaterbin ihres Sohnes das bis jetzt geſammlete Capital zu fordern berechtiget ſeyn könnte, ſodann für ſich und ihre künftigen männlichen und weiblichen Deſcendenten im Genuß der von der zweyten Stiftung dereinſt zu vertheilenden Zinſen die in der Geſchichtserzehlung bemerkten Deſcendenten des Stifters und deren weitere Deſcendenten ausſchließen, oder mit denſelben concurriren würde?

Dieweil aus der Beantwortung der vierten Frage erhellet, daß, wenn auch die Mutter des Lieutenants von S. als eine Inteſtaterbin deſſelben das zum Beſten des Mannsſtammes geſammlete Capital in rechtlichen Anſpruch zu nehmen vermöchte, dennoch dieſelbe aus dieſem Grunde ſo wenig für ſich als für ihre künftigen männlichen oder weiblichen Deſcendenten an dem Genuß der zweyten Stiftung, die der Stifter einzig und allein zum Beſten der von ihm von weiblicher Seite abſtammenden Deſcendenten, und nicht zum Beſten der Deſcendenten

eines etwanigen Inteſtaterben des letzten Stiftungsfähigen maſculi errichtet, einigen Antheil zu nehmen für befugt zu halten;

Als erachten wir den Rechten gemäß zu ſeyn:

Daß die Mutter des Lieutenants von S., wenn ſie auch als Inteſtaterbin deſſelben das mehrerwähnte Capital zu fordern berechtiget wäre, dennoch in Anſehung des Genuſſes der zweyten Stiftung für ſich und ihre Deſcendenten mit den bemerkten Deſcendenten des Stifters und deren weiteren Deſcendenten ſo wenig concurriren, als ſelbige gar ausſchließen könne.

Alles von Rechts wegen.

DECISIO LXXIII.

THEMATA PRINCIPALIA

I. Sequeſtratio a iudice ſine iuſta cauſſa decerni nequit.

II. Qui teſtamento nullo vitio viſibili laborante haeres eſt ſcriptus, in poſſeſſione haereditatis aditae eſt tuendus, donec in petitorio vitium teſtamenti probatum fuerit.

III. Non expediti iuris eſt teſtamentum in iudicio depoſitum per nudam reuocationem vim ſuam perdere.

SVMMARIA.

Sententia. *n.* 1.

Sequeſtratio ſine iuſta cauſſa petita non impedit, quo minus in poſſeſſorio pro eo poſſit iudicari, contra quem eſt petita ſequeſtratio. *n.* 2. *n.* 5. *et n.* 9.

An in dato caſu controuerſo remedium l. fin C. de edict. D. Hadr. tollend. *locum habeat quaeritur, et adfirmatur.* *n.* 3. *n.* 6. *n.* 8. *et n.* 10.

An poſſeſſor litigioſae haereditatis ante finitum petitorium adedendum inuentarium iure teneatur quaeritur et negatur. *n.* 4. *et n.* 13.

Non expediti iuris eſt teſtamentum per nudam reuocationem vim ſuam perdere. *n.* 7.

Nemo ſine iuſta cauſſa ad praeſtandam cautionem eſt cogendus. *n.* 11.

Depoſitio teſtium de reuocato teſtamento ſcripto, quum controuerſum ſit inter DD. an ſola hac reuocatione teſtamentum rumpatur, non poteſt efficere, vt quis poſſeſſione vi teſtamenti obtenta ante debeat exui, quam in petitorio teſtamentum declaratum ſit non valere. *n.* 12.

Temerarius litigator merito condemnatur in expenſas. *n.* 14.

Urtheil.

Auf eingewandte Reviſion, deren Ausführung und weiteres rechtliches Einbringen in Sachen der verwittweten Doctorin Anne Marie D. Implorantin und Appellantin an einem, wider die verwittwete Rugſchreiberin Regine S. Imploratin und Appellatin am anderen Theile,

wird nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten hiemit für Recht erkannt:

Daß es der eingewandten Reviſion ohngeachtet bey dem den 2. Nov. 1
1775 eröffneten Nr. actor 18. befindlichen Erkenntniß billig verbleibet. Es iſt auch Implorantin die Koſten des verzögerten Proceſſes nach deren Angabe und richterlicher Mäßigung der Imploratin zu erſtatten ſchuldig. Von Rechts wegen.

Entſcheidungsgründe.

Obgleich die Imploratin bereits in erſter Inſtanz in dem

Nr. actor. 13.

befindlichen Erkenntniſſe vom 15. Apr. 1775. im Beſitz der Paul S. Erbſchaft geſchützet, und Implorantin dagegen mit ihrem Communicationsbegehren und mit Ausführung des petitorii in der Hauptſache ad ſeparatum verwieſen worden, Implorantin aber eben dadurch ſich beſchwert zu ſeyn erachtet, daß ihre dawider eingewandte Appellation in am 2. Nov. 1775. eröffneten,

Nr. actor. 18.

befindlichen Erkenntniſſe abgeſchlagen worden,

da doch 1) Imploratin und Appellatin in dem Beſitz der Paul S. Erb- 2
ſchaft, welche ſie aus einem von Paul S. vor zweyen Genannten des größern Raths zwar errichteten, aber auch kurz vor ſeinem Tode vor beſagten zweyen Genannten ausdrücklich widerrufenen und aufgehobenen ſchriftlichen Teſtament ergriffen, den Rechten nach nicht hätte geſchützt werden mögen, indem a) Appellantin in ihrer angebrachten Imploration vom 1. Dec. 1774

Nr. actor. 1.

bloß eine vorläufige Sequeſtration der Paul S. Erbſchaft verlanget, und mit Appellatin allein darüber geſtritten, einfolglich die Sache noch nicht ſo weit gediehen, daß in poſſeſſorio mit Beſtande Rechtens hätte erkannt werden können, ferner b) in dem auf dieſe Imploration ergangenen Decret vom 2. Dec. 1774.

Nr. actor. 2.

die verlangte Sequeſtration in ſo fern wirklich erkannt worden, daß vermöge deſſen Appellatin die zur S. Verlaſſenſchaft gehörigen Obligationsſcheine und andere Urkunden zur gerichtlichen Verwahrung zu überliefern und die übrigen in Händen habenden Sachen und Mobilien zu verzeichnen befehliget worden, und darauf nur die Befolgung dieſes Decrets, wogegen Appellatin kein Rechtsmittel eingewandt, und welches ſie daher rechtskräftig werden laſſen, in Anſehung des erſten Puncts auf den folgenden Tag, und in Anſehung des zweyten Puncts auf den folgenden Montag ausgeſetzt worden;

Nr. actor. 3.

3 auch c) die Verordnung des

L. f. C. de edict. D. Hadriani toll.

der Appellatin, wenn derſelben die Rechtskraft der angeführten Decrete auch nicht entgegen ſtünde, dennoch auf keine Weiſe zu ſtatten kommen möchte, da einestheils hier nicht von einem wirklichen Teſtament, ſo mit ſichtbaren Fehlern nicht behaftet, ſondern von einem völlig widerrufenen und aufgehobenen Teſtament die Rede, auf welches die angeführte Verordnung nicht zu ziehen ſey, und anderntheils Appellantin als ohnſtreitige Inteſtaterbin des verſtorbenen Paul S., mithin ala legitima contradictrix, mit ihrer durch die Ausſagen der Genannten in continenti zu beweiſenden Einrede der Widerrufung ſelbſt nach dem Inhalt des angeführten Geſetzes nicht hätte abgewieſen werden mögen;

LAUTERBACH *coll. theor. pract. Tit. quorum bonorum*, §. 22.

endlich d) Appellatin in dem gedachten beſchwerlichen Erkenntniß nicht einmal angehalten worden, der Appellantin wegen der eigenmächtig zu ſich genommenen Erbſchaft gebührenden Vorſtand zu machen, von welchem ſie doch durch die gerühmte Angegeſſenheit bekannten Rechten nach nicht befreyet werden könnte;

L. 1.

L. 1. §. 1. D. vt legat. ſeu fideicom. ſeruand. cauſ. cau.

Hiernächſt 2) Appellantin auch dadurch ſich für beſchweret hält, daß ſie mit ihrem Communicationsbegehren in Anſehung der Ausſagen der auf ihr Verlangen gerichtlich abgehörten Genannten und der von der Appellatin übergebenen Conſignation in der Hauptſache ad ſeparatum verwieſen ſey, da doch a) was die Ausſagen der Genannten anbetrifft, α) dieſelben auf ihr Verlangen gerichtlich aufgenommen worden,

Nr. actor. 6.

β) von denſelben die Entſcheidung der Sache ſelbſt in Anſehung des Beſitzes abhänge, und γ) ſelbſt von appellatiſcher Seite deren Mittheilung gebeten worden;

Nr. actor. 9.

ſodann b) die von der Appellatin übergebene Conſignation anlangend, 4
deren Mittheilung daher für nothwendig zu halten ſey, weil nicht nur vorher kein Vergleich wegen dieſer Erbſchaft ſich ſchließen laſſe, ſondern auch ohne dieſe Conſignation die Gröſſe des wegen dieſer Erbſchaft von Appellatin zu beſtellenden Vorſtandes nicht beſtimmet werden könnte;

Und daher, daß anders, als geſchehen, zu erkennen ſey, es das Anſehen gewinnen möchte;

Dennoch aber und dieweil 1) was die Hauptbeſchwerde der Appellantin anbetrifft, daß nämlich Appellatin in dem ergriffenen Beſitze der Paul S. Verlaſſenſchaft Einwendens ohngehindert geſchützet, und Appellantin mit ihrem vorgegebenen Rechte an beſagter Erbſchaft ad petitorium verwieſen worden, dieſe Beſchwerde für gegründet nicht zu halten, weil a) Appellatin allen Rechten nach bey dieſem ergriffenen Beſitz 5
nothwendig ſo lange geſchützt werden muß, bis Appellantin ihr vorgegebenes Recht an der ſtreitigen Erbſchaft in petitorio ausgeführet, indem α) Appellatin dieſen Beſitz nach eigenem Geſtändniß der Appellantin, da derſelbe noch ledig geweſen, mithin ohne einigen Fehler ergriffen,

Nr. actor. 1.

auch β) ſelbige allerdings das Recht gehabt hat, dieſen Beſitz zu ergrei- 6
fen, da ſie in einem in der Canzley befindlichen und daſelbſt gerichtlich eröffne-

eröffneten Teſtament des verſtorbenen Paul S. als einzige Erbin einge-ſetzt worden

Nr. actor. I.

mithin ein gerichtliches Teſtament, ſo mit keinem ſichtbaren Fehler behaftet, für ſich hat, und daher ohnſtreitig berechtiget iſt, vorläufig den Beſitz dieſer Erbſchaft zu verlangen,

L. f. C. de edict. D. Hadr. tollend.

und γ) was ab Seiten der Appellantin von der Ungültigkeit dieſes Teſtaments aus dem Grunde einer vor den Genannten geſchehenen Widerrufung deſſelben angeführet worden, keinesweges als eine liquide, ſondern vielmehr als eine noch ſehr zweifelhafte Einrede anzuſehen, da theils ſelbige in facto noch gar nicht erwieſen, theils, wenn ſie auch in
7 facto erwieſen wäre, doch in iure noch, ob beſagtes Teſtament dadurch wirklich entkräftet zu halten, da es unverſehrt bey den Genannten geblieben, und kein neues Teſtament zu Stande gekommen, ſehr großen Zweifeln unterworfen,

L. 16. *§.* 1. *D. de vulg. et pup. ſubſtit.*

L. 27. *C. de teſtament.*

8 dergleichen Einreden bekannten Rechten nach den vorläufigen Beſitz der Erbſchaft aus dem

L. f. C. de edict. D. Hadr. toll.

nicht hindern mögen;

LEYSER *ſpec.* 500. *med.* 10.

Weniger nicht b) was von der Appellantin zur Begründung des Gegentheils angeführet worden, von keiner Erheblichkeit iſt, ange-
9 ſehen quoad a) wenn gleich Appellantin in ihrer Imploration vom 1. Decemb. 1774

Nr. actor. I.

wegen eines vorgegebenen ſummi in mora periculi eine gerichtliche Sequeſtration der S. Verlaſſenſchaft geſucht, dennoch einestheils dieſelbe nicht den geringſten rechtlichen Grund eines auſſerordentlichen und in

Rechten

Rechten verhaßten Mittels der Sicherheit angegeben, vielweniger beſcheiniget, und daher dieſes Geſuch allerdings für widerrechtlich zu halten,

L. vn. C. de prohibit. ſequeſtrat. ibique BRVNNEMANN *Nr.* 18.

MEVIVS *Part.* 2. *dec.* 246. *nr.* 5. *ſqq.*, *dec.* 247. *n.* 7. *ſqq.*

anderntheils auch Appellatin dieſem Geſuch ſofort das ihr zuſtehende Recht des Beſitzes aus dem angeführten Teſtament entgegen geſetzt,

Nr. actor. 4.

und daher über dieſen vorläufigen Beſitz allerdings geſtritten worden,

quoad b) das auf einſeitige Vorſtellung erhaltene Decret vom 2. Dec. 1774.

Nr. actor. 2.

nicht nur ſofort zum Theil wieder abgeändert,

Nr. actor. 3.

ſondern auch auf geziemende gegenſeitige Vorſtellung unter dem 8. Dec. 1774 gänzlich wieder aufgehoben worden,

Nr. actor. 7.

und nach allen Rechten um ſo mehr aufgehoben werden können und müſſen, je weniger dergleichen Decret einer Rechtskaft fähig iſt, quod iuſſit vetuitue Praetor contrario imperio tollere et repetere licet;

L. 14. *D. de re iudic.*

L. 2., *L.* 4. *C. comminat. epiſtol. programmat.*

quoad c) einestheils das S. Teſtament, ſo lange Appellantin, daß es 10
durch eine geſchehene Widerrufung für entkräftet zu halten, der Gebühr nach nicht bewieſen, ohnſtreitig als ein gerichtliches Teſtament, ſo mit einem ſichtbaren Fehler nicht behaftet, anzuſehen, mithin das Recht des Beſitzes der Erbſchaft nach Verordnung des

L. f. C. de edict. D. Hadr. toll.

begründet, und anderntheils die vorgeſchützte Einrede eines durch eine Widerrufung entkräfteten Teſtaments nicht als eine durch die Ausſagen der Genannten in continenti zu erweiſende Einrede angeſehen werden mag, dergleichen hier zu einem legitimo contradictore erfordert wird;

MENOCH *de adipiſc. poſſeſſ. Rem.* 4. *n.* 726. 751.

STRVV *Exerc.* 45. *th.* 32.

LEYSER *ſpec.* 500. *med.* 10.

11 und quoad d) Appellantin noch keinen rechtlichen Grund eines wegen der ſtreitigen Erbſchaft zu beſtellenden Vorſtandes beygebracht, und ohne einen rechtlichen Grund niemand überhaupt,

L. 14. §. 1. *D. vt legat. ſeu fideicomm. ſeruand. cauſſ.*

und am wenigſten ein Beſitzer wegen einer anzuſtellenden Realklage mit einem Vorſtande beſchweret werden ſoll,

§. 2. *Inſt. de ſatisdat.*

nicht zu gedenken, daß das Vormundamt das unter Verpfändung aller Güter von dem Verwalter H. geſchehene eidliche Angeloben

Nr. actor. 3.

als einen zureichenden Vorſtand angenommen;

Nr. actor. 7.

Hiernächſt 2) auch die zweyte Beſchwerde der Appellantin, daß ſie mit ihrem Communicationsbegehren ſowohl in Anſehung der Ausſagen der gerichtlich abgehörten Genannten, als auch der von Appellatin übergebenen Conſignation in der Hauptſache ad ſeparatum verwieſen worden,
12 für gegründet nicht gehalten werden mag, indem a) was die Ausſagen der Genannten anbetrifft, die Sache des vorläufigen Beſitzes vor deren geſchehener Mittheilung um ſo mehr hat entſchieden werden können und müſſen, je weniger durch dieſe Ausſagen, wenn ſie auch beyfällig ausgefallen ſeyn ſollten, die behauptete Entkräftung des Teſtaments in continenti erwieſen werden mögen, und da überdies der Appellantin frey gelaſſen worden, ſich derſelben im petitorio zu bedienen; und b) die von
13 der Appellatin übergebene Conſignation anlangend, Appellantin bekannten Rechten nach allererſt nach erhaltenem obſieglichen Urtheil in der Haupt-

Hauptſache von der Appellatin ein rechtliches inventarium oder eine allenfalls mit einem Eide zu beſtärkende Specification der im Beſitz genommenen Erbſchaft zu verlangen berechtiget iſt, vorher aber ſolches aus den angeführten und keine Widerlegung verdienenden Gründen mit Beſtande Rechtens nicht verlangen mag;

Endlich 3) die zur Begründung der angebrachten Beſchwerden angeführten und im Reviſionsverfahren blos wiederholten Gründe ſo unerheblich ſind, daß Appellantin von dem Vorwurf eines temerarii litigii und der daraus entſtehenden Verbindlichkeit die Unkoſten des verzögerten Rechtsſtreits nach deren Angabe und richterlicher Mäßigung der Appellatin zu erſtatten nicht befreyet werden mag; 14

Als ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, zu erkennen bewogen worden.

DECISIO LXXIV.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Si conductor ob damnum caſu fortuito datum remiſſionem mercedis vrget, ante omnia conſiderandum, quid inter partes inita locatione conductione de remiſſione forte conuenerit.

II. Vbi nihil conuentione determinatum reperitur, de iure communi ad remiſſionem obtinendam requiritur, cum vt damnum emergens ex parte conductoris doceatur nulla lucri ceſſantis ratione habita, tum vt id damnum vnius anni vbertate aliorum annorum non compenſatum ſit.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Per inſpectionem ocularem a perſonis ad eum finem rite conſtitutis plena fides fit damni in frugibus caſu dati. n. 2.

An obligationem reſarciendi damni frugibus grandine dati iam agnouerit ſupplicatus, quaeritur et negatur. n. 3. *et n.* 6.

An ex conuentione inſerta contractui remiſſio mercedis debeatur ob ſterilitatem annorum 1770 *et* 1771 *in dato caſu quaeritur et negatur. n.* 4. *et n.* 8.

De iure communi non lucrum ceſſans ſed damnum emergens maioris momenti locum dat remiſſioni mercedis exigendae. n. 5. *et n.* 9.

Supplicanti in exigenda remiſſione obſtat res iudicata. n. 7.

Ceſſat obligatio remittendae mercedis, ſi ſterilitas vnius vel aliquot annorum vbertate aliorum eſt compenſata. n. 10.

Qui in iuſtificatione remedii contra ſententiam interpoſiti nil niſi iam reiecta falſa argumenta recoquit non poteſt non damnari in expenſas retardati proceſſus. n. 11.

Urtheil.

Auf eingewandte Supplication, deren Rechtfertigung und ferneres Einbringen in Sachen Iohann Hinrich S. dermaligen Beſtänders des bey St. an der Straße gelegenen Sp. Hofguts der Hundsrück genannt, Beklagten und Appellanten jezt Supplicanten an einem, entgegen den über des verſtorbenen Regierungsraths Sp. Concursmaſſe beſtellten Curatorem den Hofgerichtsadvocaten B., Klägern und Appellaten jezt Supplicaten am anderen Theile, rückſtändige Pachtgelder betreffend,

erkennen von Gottes Gnaden Wir *W.* rc. rc., nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, für Recht:

Daß es eingewandter Supplication ohngeachtet bey dem vor Unſerm 1
nachgeſezten Hofgerichte unterm 7. May 1776 eröffneten Beſcheid lediglich verbleibet, Supplicant auch die Koſten des verzögerten Proceſſes nach deren Angabe und richterlichen Mäßigung Supplicaten zu erſtatten verbunden. Von Rechts wegen.

Entſcheidungsgründe.

Obwohl Supplicant durch den am 7. May 1776 eröffneten Beſcheid darinn beſchwert zu ſeyn glaubet, daß durch denſelben der Amtsbeſcheid vom 30. Ian. 1775, worinn ihm ſowohl die für den im Jahr 1768 erlittenen Kiſſelſchlag angegebenen 64 Fl., als auch die für den in den Jahren 1771 erlittenen Mißwachs angegebenen 943 Fl. aberkannt worden, beſtätiget werden wollen,

anerwogen 1) die Richtigkeit des angegebenen Feldſchadens durch das 2

[3] *actor. primae inſt.*

beygebrachte Zeugniß der beyden Rathsglieder E. und W. um ſo mehr für völlig erwieſen zu halten ſey, da dieſe Perſonen von Gerichts wegen zu dergleichen Beſichtigungen verpflichtet, auch die in gegenwärtigem Fall vorgenommene Beſichtigung in Beyſeyn des Amts-Commiſſarii G. als eines Bevollmächtigten des Supplicaten geſchehen;

Auch 2) die behauptete Beſchaffenheit dieſer Schäden, daß ſelbige allerdings die verlangte Vergütung begründeten, daher erhellen wolle,

indem

3 indem a) die wegen des Kiſſelſchlags vom Jahr 1768 angegebenen 64 Fl. Supplicat ſelbſt dafür anerkannt, und vermöge der

[2] *actor. prim. inſtant.*

beygebrachten Quitungen, ſelbige bereits von den Pachtgeldern ſalua
4 ratihabitione ſich abziehen laſſen, und b) die für den Mißwachs von den Jahren 1770 und 1771 angegebenen 943 Fl. nach den Worten des

[16] *actor. ſecund. inſt.*

befindlichen Pachtcontracts vergütet werden müßten, immaßen nach denſelben dem Beſtänder, wenn er durch gänzliche Mißjahre einen merklichen Schaden leiden ſollte, eine billige Vergütung verſprochen worden, und aus dem

[3] *actor. prim. inſtant.*

beygebrachten Zeugniß erhelle, daß der Mißwachs in dieſen Jahren Sommer und Winterfeld betroffen, und wohl nicht für eine halbe Erndte angerechnet werden möchte, mithin Supplicant durch gänzliche Mißjahre einen merklichen Schaden, der nach der

[4] *actor. prim. inſt.*

beygebrachten Berechnung 943 Fl. betrage, gelitten;

Und 3) der Umſtand, daß Fürſtliche Rentcammer ihren Beſtändern in den angeführten Jahren keinen Nachlaß ertheilet, dagegen nicht in Betrachtung kommen möchte, da a) dieſe Beſtänder zu der Zeit dergleichen großen Schaden nicht gelitten, dagegen auch b) das Fürſtliche Conſiſtorium den Clöſterlichen Gutsbeſtändern in derſelben Gegend vermöge des

[7] *actor. prim. inſtant.*

beygebrachten Zeugniſſes, in dieſen Jahren einen anſehnlichen Nachlaß angedeihen laſſen,

auch c) wegen des in den Jahren 1767 und 1768 erlittenen Kiſſelſchlags vermöge der

[5|6] *actor. ſecund. inſt.*

befindlichen Zeugniſſe den Unterthanen derſelben Gegend der vierte Theil aller herrſchaftlichen praeſtandorum erlaſſen worden;

Und

Und aus dieſen Gründen, daß auf des Supplicanten Beſchwerde zu erkennen geweſen, es das Anſehen gewinnen möchte;

Dennoch aber und dieweil 1) der durch den im Jahr 1768 erfolgten Kiſſelſchlag angeblich erlittene Schaden von 64 Fl. eine rechtliche Aufmerkſamkeit überall nicht verdienen mag, angeſehen a) Supplicant 5
im geringſten nicht beygebracht, daß dieſer Verluſt in Anſehung der zu bezahlenden Pachtgelder als damnum emergens, und nicht blos als ein lucrum ceſſans anzuſehen, deſſen Vergütung ein Beſtänder bey Unglücksfällen nicht verlangen kann, non id, quod ſua intereſt, conductor conſequitur, ſed mercedis exonerationem pro rata,

L. 15. §. 7. *D. locat.*

STRVVIVS *exerc.* 24. *th.* 16. *ibique* MÜLLER *lit. E.*

auch b) wenn dieſer Verluſt als ein wirkliches damnum emergens in Anſehung der verſprochenen Pachtgelder zu betrachten, dennoch derſelbe zu einer verſprochenen Pacht von 465 Fl. ein viel zu geringes Verhältniß hat, als das er einen Nachlaß worzu den Rechten nach ein erheblicher Schaden erfordert wird, begründen könnte, vis maior non debet conductori damnoſa eſſe, ſi plus quam tolerabile eſt, laeſi fuerint fructus, alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet conductor, cui immodicum lucrum non auffertur,

L. 25. §. 6 *D. locat.*

und c) der Umſtand, daß Supplicat dieſen angeblichen Schaden bereits 6
anerkannt, und ſich in Bezahlung der Pachtgelder kürzen laſſen, nichts zur Sache thut, da ſolches ausdrücklich unter der Bedingung der gericht-Genehmigung geſchehen,

[2] *actor. prim. inſtant.*

welche ſo wenig erfolgen können, als wirklich, erfolget iſt;

Hiernächſt 2) die wegen des in den Jahren 1770 und 1771 erlittenen Mißwachſes auf 943 Fl. angegebenen Schäden Supplicantens Suchen wegen einer Vergütung derſelben auf keine Weiſe begründen mögen,

ſintemalen a) Supplicantem zum Behuf deſſelben durch den rechtskräftigen Amtsbeſcheid vom 8. Nov. 1774 auferleget worden, zu beweiſen, wie hoch ſich der Nachlaß belaufe, welchen Fürſtliche Rent-

cammer

cammer für ½ Mißjahr ihren Beſtändern im Jahr 1770 und 1771 angedeihen laſſen, und nicht nur Supplicant dieſen Beweis nicht vollführet, ſondern auch ſogar aus dem

[9] *actor. prim. inſt.*

beygebrachten Auszug Fürſtlichen Rentcammer-Protocolli vom 2. Dec. 1774 erhellet, daß Fürſtliche Rentcammer ihren Beſtändern in dieſen Jahren gar keinen Nachlaß ertheilet,

weniger nicht b) wenn auch der angeführte rechtskräftige Amtsbeſcheid Supplicantem nicht entgegen ſtünde, dennoch deſſen Geſuch den deutlichen Worten des

[16] *actor. ſecund. inſt.*

8 beygebrachten Pachtcontracts widerſtreitet, als nach welchen dem Beſtänder, wenn er durch gänzliche Mißjahre einen merklichen Schaden leiden ſollte, blos derjenige Nachlaß, den Fürſtliche Rentcammer ihren Beſtändern angedeihen laſſen würde, ertheilet werden ſoll, und, nach dem

[9] *actor. prim. inſt.*

befindlichen Auszug Fürſtlicher Rentcammer ihrem Beſtändern in dieſen Jahren gar nichts erlaſſen hat, mithin auch Supplicant gar keinen Nachlaß fordern mag, und dasjenige, was er von dem den Kloſterbeſtändern vom Fürſtlichen Conſiſtorio in beſagten Jahren ertheilten Nachlaß angeführet, nach dieſen Worten des Contracts für unerheblich zu halten,

9 überdem c) deſſen Suchen nach deſſelben eigenem

[4] *actor. prim. inſtant.*

beygebrachten Verzeichniſſe für unſtatthaft und widerrechtlich zu halten, indem bekannten Rechten nach ein Beſtänder bey einem großen Mißwachs zwar zur Erſtattung des damni emergentis einen Nachlaß des Unterſchieds der verſprochenen Pacht und des Werths der eingeerndteten Früchte, jedoch ohne Abzug der Einſaat, die er verlieren muß, verlangen, allein keineswegs eine Bezahlung des lucri ceſſantis oder derjenigen Früchte, die er ſonſt wohl hätte einerndten mögen, begehren mag,

L. 15. §. 7. *D. locat.*

C. 3. *X. de locat. et cond.*

BRVNNEMANN *ad cit. L.* 15. *D. locat. Nr.* 13. *ſqq.*

MEVIVS *Part.* 9. *dec.* 144. *n.* 13.

Supplicant aber in ſeinem Verzeichniß ſelbſt eine Quantität von eingeerndteten Früchten angiebt, nach deren damaligen Werth er die verſprochene Pacht von 465 Fl. blos aus dieſen Früchten ohne einigem, und wenigſtens ohne einem merklichen Schaden wohl abtragen können, und in ſeiner Schadensberechnung auf eine ungebührliche Weiſe blos den Werth der Früchte in Anſchlag gebracht, welche er durch den angegebenen Mißwachs einzuerndten gehindert worden, mithin offenbar zur Ungebühr ein bloßes lucrum ceſſans und zwar in der Maße liquidiret, daß die Quantität deſſelben ſogar die Summe der ſchuldigen Pachtgelder überſteiget, und er dadurch in der That nicht nur einen gänzlichen Nachlaß der Pachtgelder, einfolglich den Genuß der geſtändiger Maßen erhaltenen halben Erndte völlig umſonſt, ſondern auch noch darzu einen unerhörten Nachſchuß verlanget,

darneben d) auch im gegenwärtigen Fall nicht auſſer Acht zu laſſen, 10
daß Supplicant das Gut auf mehrere Jahre gepachtet, und in ſolchem Fall der Mißwachs einiger Jahre mit dem Segen der andern compenſiret werden ſoll;

L. 15. §. 4. *D. locat.*

Endlich 3) Supplicant in der Rechtfertigung des eingewandten 11
Rechtsmittels nichts anzuführen vermocht, was nicht ſchon vorher angeführet und verworfen worden, einfolglich wegen der offenbaren Unerheblichkeit der Beſchwerden mit Erſtattung der Koſten des durch dieſes Rechtsmittel verzögerten Proceſſes nicht verſchonet werden mögen;

Als ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, zu erkennen bewogen worden.

DECISIO LXXV.

THEMA PRINCIPALE.

Iuri et aequitati eſt congruens, vt, qui per denunciationem temerariam inquiſitioni locum dedit, ſumtus eius expenſasue ferat.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Catalogus variorum exceſſuum, quos parocho imputatos denunciarunt vniuerſitates parochianorum. n. 2.
Refutatio horum imputatorum ſufficiens. n. 3. *et ſequentes.*
Teſtis in propria cauſſa nil probat, neque eius ad iusiurandum teſtis facta ex praecipitatione admiſſio ipſi fidem conciliat. n. 4. *et n.* 5.
Miſera nominum eccleſiaſticorum; quae actiua dicunt, conditio, quae facta inquiſitione paruit, non poteſt imputari denunciato parocho. n. 6.
Temeritas denunciationis merito ſumtibus inquiſitionis refundendis coërcetur. n. 7.

Urtheil.

Auf verſtattete Transmiſſion der Acten und erfolgtes rechtliches Einbringen in Sachen des Pfarrers Ehrn Br. in der R. Impetranten an einem, und der beyden Gemeinden T. und U. Orts daſelbſt Impetraten am anderen Theile,

erkennen von Gottes Gnaden Wir E. ꝛc., nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten für Recht:

1 Nunmehro aus den Acten und der Parthey en Einbringen ſo viel zu befinden, daß, da Impetrant die angebrachte Beſchwerden der Gemeinden und die darauf erfolgte Unterſuchung nicht verurſachet, derſelbe mit dem Abtrag der liquidirten Oberconſiſtorialgebühren à 5 Rthlr. 22 Ggr., wie auch der in dem Vol. ſub A. ausgeworfenen Geiſtlichen Untergerichtsgebühren à 61 Fl. 6 Ggr., imgleichen der in dem Vol. ſub

ſub B. auf 15 Rthlr. 16 Ggr. anſteigenden Reviſionsgebühren zu verſchonen; hergegen Impetratiſche Gemeinden vorgedachte durch die von ihnen angebrachte ungegründete Beſchwerden verurſachte Koſten abzutragen ſchuldig. Von Rechts wegen.

Entſcheidungsgründe.

Obzwar impetratiſche Gemeinden zu behaupten ſuchen, das Impetrant bey derſich zur Ungebühr angemaßten ihm nicht zukommenden Beſorgung des R. Kirchenvermögens, und ſonſten ſich vieles zu Schulden kommen laſſen,

immaßen derſelbe 1) die Kirchenſtühle laut 2

fol. 97. 110. *ſqq. actor. Vol. ſub A.*

über den hergebrachten Preis verlaſſen, das wenigſte aber hievon in die Kirchenrechnung gebracht;

2) verſchiedene Capitalien ohne Vorwiſſen und Einwilligung des geiſtlichen Untergerichts aufgekündiget und vereinzelt, wie ſolches in Anſehung der S. Legatgelder

fol 87. *ſqq. actor. Vol. ſub A.*

beygebracht, und

fol. 102. *dict. Vol.*

eidlich beſtärket worden;

3) ſodann die Kirchencapitalien an ſolche Schuldner auf Handſchriften verliehen, wo die Zurückzahlung weder zum Theil noch ganz zu hoffen ſtehe;

auch 4) die Intereſſen unendlich aufſchwellen laſſen,

ja ſogar 5) eine unter dem 21. Febr. 1747 renovirte und auf einen Namens S. gerichtete Handſchrift ſelbſt unterſchrieben;

fol. 3 *b. actor. Vol. ſub B.*

ferner 6) eine nicht geringe Anzahl Capitalien in den Stock geführet, über welche nach den Reviſionstabellen nicht einmal die erforderliche Schulddocumente vorhanden, oder von den Schuldnern unterſchrieben ſind;

fol. 1 *b. actor. Vol. ſub B.*

Solchemnach derſelbe durch Nachläſſigkeit die Beſchwerden der Gemeinden und die darauf erfolgte Unterſuchung verurſachet, mithin zur Abtragung der Koſten derſelben natürlich zu vertheilen;

Und aus dieſen Gründen daß anders, als geſchehen, zu erkennen geweſen, es das Anſehen gewinnen möchte;

Dennoch aber und dieweil Impetrant dasjenige, was die Gemeinden wegen des Verfalls des R. Kirchenvermögens und ſonſten ihm zur Laſt legen wollen, zureichend von ſich abgelehnet,

3 anerwogen 1) einige von dieſen Beſchwerden offenbar ungegründet ſind, indem a) die wegen der nicht angegebenen Anzahl der jedesmaligen Communicanten

fol. 14 b. actor. Vol. ſub A.

geführte Beſchwerde vermöge beygebrachten Communionwein-Büchleins eine offenbare Unwahrheit in ſich enthält, und dafür von den Gemeinden auch ſelbſt erkannt worden;

fol. 99. actor. Vol. ſub A.

imgleichen b) die

fol. 3 b. actor. Vol. ſub B.

enthaltene Beſchuldigung, daß er eine den 21. Febr. 1747 renovirte und auf einen Namens S. gerichtete Handſchrift ſelbſt unterſchrieben, durch die Originalhandſchrift

ſub ſigno ♃.

und durch das

ſub ſigno ♀.

beygebrachte Protocoll des Adjuncti B. zureichend widerleget worden;

Hiernächſt 2) in Anſehung der anderen Beſchwerden die Gemeinden den ihnen im Reſcript vom 24. Febr. 1775

fol. 81. actor. Vol. ſub A.

auferlegten Beweis wie recht nicht geführet, ſintemalen a) die Beſchuldigung, daß Impetrant von dem für einen Kirchenſtand für die Kirche erhaltenen Gelde derſelben nur 5 Ggr. 4 Pf. berechnet, nicht nur dem

ſub lit. K.

bey-

beygebrachten Extract aus den Kirchenrechnungen widerſtreitet, ſondern auch in Anſehung der I. Eheleute durch das

ſub ſigno D.

beygebrachte Zeugniß derſelben widerleget worden, und in Anſehung der bey Iohann Georg Tr., Iohann Georg H. und Barbara Eliſabeth R.

fol. 97. *ſqq.*, *fol.* 110. *ſqq. actor. Vol. ſub A.*

angeführten Fälle auf einem nicht bewieſenen Vorgeben beruhet, wel-
ches beſonders bey Tr. durch die übereilte Vereidigung Iuſtins Tr. als ei- 4
nes Zeugen in ſeiner eigenen Sache,

fol. 112 *b. ſq. actor. Vol. ſub A.*

auf keine Weiſe für erwieſen zu halten; Ferner b) die Beſchuldigung, daß Impetrant verſchiedene Capitalien ohne Vorwiſſen und Einwilligung des geiſtlichen Untergerichts aufgekündiget und vereinzelt, nicht durch ein einziges Beyſpiel rechtlich erwieſen worden, indem, wenn gleich Impetrant bey dem einzigen von den S. Legatgeldern angeführten Beyſpiel, daß er ſelbige im Jahr 1746 von dem damaligen Schuldner D. ausgezahlt erhalten, und darauf vereinzelt, geſtändig iſt, dennoch, daß er dieſe Legatgelder bey gedachtem Schuldner, eigenmächtig aufgekündiget, und ohne Noth und Genehmigung des Adiuncti vereinzelt,
gleichfalls auf einem unerwieſenen Vorgeben beruhet, welches durch die 5
übereilte Vereidigung des Mitgliedes der Gemeinde Iohann Heinrich M.

fol. 102. *actor. Vol. ſub A.*

ſo wenig als deſſen ſonderbares Vorgeben von der vom Oberconſiſtorial-Präſidenten von W. gerichtlich geſchehenen Auflage, die S. Legatgelder wieder zuſammen zu bringen, auf irgend eine Weiſe für beſcheiniget zu halten, vielmehr durch den

ſub lit. U.

beygebrachten Auszug aus der Kirchenrechnung von 1746 bis 1747 widerleget wird; gleichergeſtalt c) die vage Beſchwerde, daß Impetrant Kirchencapitalien ſolchen Schuldnern auf Handſchriften verliehen, wo die Zurückzahlung weder zum Theil noch ganz zu hoffen ſteht, demſelben um ſo weniger zur Laſt fallen mag, je weniger Impetratiſche Gemeinden auch nur einen einzigen Fall, wo Impetrant für ſich ohne Zeugniß des

Schulzen und ohne Genehmigung des Adiuncti jemandem, der zur Zeit des erhaltenen Dahrlehns ſchon inſolvent geweſen, ein Kirchencapital geliehen, anzuführen und beyzubringen vermocht, auch d) wegen der aufgeſchwollenen Kirchenzinſen nicht nur kein Umſtand, woraus eine Nachläſſigkeit des Impetranten zu erſehen, angegeben worden, ſondern auch derſelbe ſeinen wegen dieſer Zinſen bewieſenen Fleiß durch die Anlage

ſub lit. I.

zureichend erwieſen;

6 Ueberdem auch 3) der bey der Reviſion des Kirchencapitalſtocks in der R. befundene ſchlechte Zuſtand deſſelben dem Impetranten zur Laſt nicht gelegt werden mag, da a) ſelbiger

fol. 77. ſq. actor. Vol. ſub A.

verſchiedene natürliche Urſachen dieſes Verfalls angegeben, welche von Impetratiſchen Gemeinden nicht bezweifelt werden mögen; b) derſelbe ſeinen zur Erhaltung des Kirchenvermögens angewandten Fleiß ſowohl durch die Beylagen

ſub B. 1. 2., D. E. 1. 2., F. 1. 2. 3. und *I.*

als auch durch die in den beygelegten 5 Voluminibus enthaltenen Bemühungen ſattſam erwieſen; c) er vermöge der Anlage

ſub ſigno ⊙.

über den Mangel der Schulddocumente ſich bereits am Anfang ſeines Amts beſchweret; und d) alle bisherige facta deſſelben bey der jährlich geſchehenen Ablegung der Kirchenrechnungen und deren Juſtification und Confirmation nicht nur vom geiſtlichen Untergericht überhaupt und beſonders vom Adiuncto, ſondern auch von den Gemeinden genehmiget und gebilliget worden, einfolglich ſowohl das geiſtliche Untergericht, als die Gemeinden ſelbſt für dieſe facta einzuſtehen, und ſelbige zu verantworten verbunden ſeyn würden;

L. 60. D. de reg. iur.

arg. L. 36. §. 1. D. ad municip.

Dannen

Dannenhero die Impetratiſchen Gemeinden die durch die gebetene 7
Unterſuchung verurſachten Unkoſten abzutragen um ſo weniger ſich ent-
brechen mögen, je weniger ſie aus den auf ihr dringendes Suchen

fol. 119. *actor. Vol. ſub A.*

ihnen nach geendigtem Verfahren nach communicirten Kirchenrech-
nungen

fol. 149. *actor. Vol. ſub A.*

das geringſte zur Begründung ihrer vermeinten Beſchwerden beyzubrin-
gen vermocht;

Als ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, zu erkennen bewogen
worden.

DECISIO LXXVI.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Quod a tutore vel curatore non vero geſtum eſt, in fauorem pupillorum vel minorum inualidum eſſe cenſetur; Si vero commodum pupillorum vel minorum promouet, magiſtratus merito decernit, ſe ratihabiturum eſſe, quod a tutore vel curatore non vero geſtum eſt; et ſic negotium tuitione praetoris ſuſtinetur.

II. Spolium etiam committit is, qui ad iuſſum iudicis de facto procedentis aliquem de poſſeſſione deiicit, maxime ſi ſua ipſe eiusmodi iuſſum iudicis imploratione impetrauerit.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Mater in cauſſa liberos concernente ſuo nomine agere nequit. n. 2.

Tutela matris legitima locum non habet, ſi a patre vocati tutores teſtamentarii adſunt. n. 3.

Per ſecundas nuptias tutela matris legitima deſinit. n. 4.

Patri vi poteſtatis patriae naturalis tutela liberorum, non autem matri venit tribuenda. n. 5.

Reſcripta camerae Ducalis matrem liberorum tutricem neque conſtituerunt, neque conſtituere potuerunt. n. 6.

Rationes, ex quibus rei probationem ſpolii infirmare tentarunt recenſentur. n. 7. *ſqq.*

An factum quod auctoritate iudicis ſuſcipitur, in ſpolium poſſit incidere, quaeritur. n. 8. *et poſitis terminis ponendis adfirmatur* n. 12.

Mater ceſſantibus in officio tutoribus teſtamentariis protutrix liberorum ſuorum eſſe poteſt. n. 9.

Quod a tutore non vero geſtum eſt in fauorem liberorum tuitione praetoris merito ſuſtinetur. n. 10.

In dato caſu controuerſo ſpolium ſatis eſſe probatum, oſtenditur. n. 11.

Et dubia obmota refutantur. n. 12.

Spoliatus ante omnia eſt pleniſſime reſtituendus. n. 13.

Urtheil.

Urtheil.

Auf Klage, Antwort und ferneres Einbringen der Wittwe W. auf der Kuckucksmühle, Namens ihrer minderjährigen Kinder, Klägerin an einem, des Amtsverwalters H. zu N., Beklagten und Litisdenuncianten, wie auch des Procuratoris Camerae, Litisdenunciaten, am anderen Theile,

erkennen ꝛc. ꝛc. zur Juſtizcanzley verordnete Geheime, und Räthe, nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, für Recht:

Daß dasjenige was Klägerin Namens ihrer Kinder in gegenwärtiger Sache verhandelt, von Gerichtswegen zu beſtätigen, und ſie in ſolcher Maßen für hinlänglich legitimiret zu erklären. Soviel hiernächſt die Hauptſache betrifft, iſt Beklagter den l. Kindern nicht nur das im Jahr 1775 aus dem Mühlenteich weggenommene, ſondern auch das nachher daſelbſt gemähete und beſagten Kindern entzogene Heu zu reſtituiren, oder, da ſolches nicht mehr vorhanden, deſſen wahren Werth zu vergüten, auch alle verurſachte Schäden und Koſten nach vorhergehender deren Anſetzung und Unſerer Ermäßigung den l. Kindern zu erſtatten ſchuldig. Uebrigens bleibt Litisdenunciatem unbenommen, das angebliche Recht der Herzoglichen Cammer an dem Mühlenteich in ſeparato rechtlicher Art nach auszumachen. Von Rechts wegen. 1

Entſcheidungsgründe.

Obzwar A) Beklagter und Litisdenunciat zu ihrer Vertheidigung vornämlich anführen, daß alles, was Klägerin in dieſer Sache bisher verhandelt, für null und nichtig zu halten, mithin Klägerin ſchlechterdings mit Vertheilung in die verurſachten Koſten abzuweiſen,

immaßen 1) ſie ſelbſt nicht in Abreden ſtellen mögen, daß, da die Kuckucksmühle nicht ihr, ſondern ihren Kindern erſterer Ehe, den l. Kindern, zuſtändig, ſie wegen eines vorgegebenen ſpolii in Anſehung des Heues aus dem Mühlenteich proprio nomine zu klagen nicht berechtiget ſey; 2

auch 2) da ſie daher Namens ihrer Kinder erſterer Ehe als Vormünderin derſelben klagen wollen, ſie die ihr per decretum vom 11. Octob. 1776 *Nr.* 13. *actor.* 3

ſub praeiudicio, widrigenfalls nicht weiter gehöret zu werden, anbefohlene Legitimation als wirkliche Vormünderin in ihrer

Nr. 14. *actor.*

befindlichen Replik im geringſten nicht wie recht beygebracht, angeſehen a) ſie von der einer Mutter ſonſt gebührenden tutela legitima durch die von ihrem erſten Ehemann geſtändigermaßen beſtellten tutores teſtamentarios den Ehrn Paſtorem B zu K. und dem Penſionarium M. zu P., wenn dieſe gleich aus Nachläßigkeit des Unterrichters noch nicht gebührend beſtätiget worden, den Rechten nach für gänzlich ausgeſchloſſen zu halten,

Nov. 118. *c.* 5.

4 nicht zu gedenken, daß ſie durch ihre zweyte Ehe, wenn auch tutela teſtamentaria nicht beſtellet worden, ſich der tutelae legitimae verluſtig gemacht haben würde;

Nov. 94. *c.* 2.

5 ferner b) die vorgegebene ſogenannte natürliche Vormundſchaft zwar einem Vater vermöge der väterlichen Gewalt in Anſehung der Verwaltung der den Kindern zugefallenen Güter zuſtehe,

L. fin. §. 3. *C. de bon. quae liber.*

allein bey einer Mutter den Rechten nach gar keine Anwendung haben möchte, zumalen wenn, wie hier, den Kindern im väterlichen Te-
6 ſtament Vormünder beſtellet worden; Auch c) die

ad Nr. 14. *actor. ſub lit. A. B. C.*

beygebrachten Reſcripte der Herzoglichen Cammer, welche an Klägerin in Sachen, ſo die Kuckucksmühle betroffen, ergangen, nicht nur blos geringfügige Sachen zum Gegenſtande gehabt, ſondern auch an ſich ein ihr zuſtehendes Recht der Vormundſchaft ſo wenig begründen können als wollen; und d) das Suchen der Klägerin allenfalls noch als Vormünderin ihrer Kinder gerichtlich beſtätiget zu werden, bey den noch vorhandenen tutoribus teſtamentariis den Rechten nach nicht ſtatt haben möchte;

L. 11. §. 3. *D. de teſtam. tut.*

L. 6. *D. de legit. tut.*

Hier-

Hiernächſt B) die Hauptſache anlangend 1) Beklagter und Litisde- 7 nunciat behaupten wollen, daß Klägerin den Grund ihrer Klage, daß nämlich die Kuckucksmühle ſeit undenklichen Jahren ſich in dem ruhigen Beſitz der Heu- und Futterwerbung in dem in Frage ſtehenden Mühlenteich würklich befunden, und daher durch das Wegfahren und Abmähen des Heues für ſpoliirt zu halten, wie recht nicht erwieſen, vielmehr aus den Acten das Gegentheil erhelle; indem a) in den

ad Nr. 1. actor. ſub lit. F.

beygebrachten Extract eines protocolli commiſſionis vom 11. 12. und 13. Iun. 1766 ausdrücklich enthalten, daß in trockenen Jahren und Jahrszeiten ſowohl des Müllers als der Meyerey Vieh darinn geweidet; weniger nicht b) Klägerin nicht in Abrede ſtellen mögen, ad protocollum ausgeſagt zu haben, wasmaßen ſie in 6 Jahren in dieſem Mühlenteich kein Heu gemacht; auch c) aus dem

ad Nr. 18. actor ſub lit. D.

beygebrachten Protocoll vom 20. April. 1775 deutlich zu erſehen, daß bey der damals vorgenommenen Auseinanderſetzung der Herzoglichen Meyerey und der Kuckucksmühle der in Frage ſtehende Mühlenteich zu den Pertinentien dieſer Mühle nicht gerechnet, ſondern der Mühle ad Nr. 5) blos der freye Waſſerlauf aus dem Netzkaer See durch dieſen Mühlenteich verſtattet worden;

Darneben 2) Beklagter vorgeben will, daß gegen ihn die angeſtellte Spolienklage durchaus nicht ſtatt haben möchte, indem aus den

ad Nr. 12. actor. ſub lit. B. et C.

beygebrachten Amtsprotocollen vom 14. und 21. Sept. 1775 erhelle, wasmaßen er das Heu aus dem in Frage ſtehenden Mühlenteich keinesweges eigenmächtig und de facto, ſondern auctoritate iudicis, nachdem der Amtmann S. der Klägerin bey Strafe von 10 Rthlr. ſich daran nicht zu vergreifen anbefohlen, vermittelſt gerichtlicher Hülfe abholen laſſen, weswegen er, da nach bekannten Rechten iuſte poſſidet, qui auctore Praetore poſſidet,

L. 11. D. de adquir. vel amitt. poſſeſſ.

 et

et qui iuſſu iudicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere, qui parere neceſſe habet,

L. 167. §. 1. D. de reg. iur.

für einen Spolianten nicht zu halten;

Und aus dieſen Gründen, daß anders, als geſchehen, zu erkennen geweſen, es das Anſehen gewinnen möchte;

Dennoch aber und dieweil A) wenn gleich Klägerin als eine wirkliche Vormünderin ihrer Kinder erſter Ehe nicht anzuſehen,

9 dennoch 1) ſie zum Beſten ihrer Kinder und zur Erhaltung des Rechts derſelben ohnſtreitig als Protutrix derſelben dieſe Klage erhoben;

L. 1. §. 1. D. de eo qui pro tutor.

auch 2) dieſes um ſo mehr bona fide wohl thun mögen, da nicht nur durch Nachläſſigkeit des Untergerichts die ſeit vielen Jahren vorhandenen tutores teſtamentarii bis jetzt noch nicht confirmiret worden, und ſich daher der Adminiſtration nicht unterziehen können, ſondern auch ſelbſt Herzogliche Cammer bey dieſer Unthätigkeit der tutorum teſtamentariorum ſie als eine Vormünderin ihrer Kinder nicht allein in den

ad Nr. 14. actor. ſub Lit. A. B. C.

befindlichen Reſcripten, ſondern auch in der

ad Nr. 18. actor. ſub Lit. D.

beygebrachten commiſſariſchen Auseinanderſetzung der Herzoglichen Meyerey und der Kuckucksmühle tractiret und dieſes letztere Geſchäfft gewiß von größerer Wichtigkeit, als die angeſtellte Spolienklage iſt;

10 Und 3) bekannten Rechten nach dasjenige, was von einem protutore in den Geſchäfften der Minderjährigen unternommen worden, zwar in Anſehung derſelben an ſich für nichtig zu halten, indeſſen als eine reſpective Nichtigkeit blos zur Verhütung des Schadens der Minderjährigen ſtatt findet,

L. 14. C. de procurat.

und daher wenn ſolches zu deren offenbaren Nutzen gereichet, von Gerichtswegen mit Beſtand auctoriſiret und beſtätiget werden mag, ſi

Praetor

Praetor decrevit, ratum ſe habiturum, quod his auctoribus geſtum eſt, valet per Praetoris tuitionem, non ipſo iure;

L. 1. §. 5. D. quod falſ. tutor. auct.

Einfolglich 4) eine gerichtliche Beſtätigung dieſes von Klägerin Namens ihrer Kinder angefangenen Rechtsſtreits um ſo weniger unterlaſſen werden mögen, je weniger zu bezweifeln, daß das Beſte der Kinder ſolchen unumgänglich erfordert, und den Kindern nicht anzumuthen, die in einer gerechten Sache verwandte Zeit, Mühe, und Koſten ohne Urſache nochmals zu verwenden;

Hiernächſt B) was die Hauptſache anbetrifft, die von Beklagtem im Sept. 1775 unternommene Wegbringung des Heues aus dem Mühlenteich, und im folgenden Jahre unternommene Abmähung deſſelben allerdings für ein unerlaubtes ſpolium zu halten, 11

anerwogen 1) der der Kuckucksmühle zuſtehende Beſitz dieſes Mühlenteichs und der Heu- und Futterwerbung in demſelben keinem gegründeten Zweifel unterworfen; da a) das

ad Nr. 1. actor. ſub Lit. F.

beygebrachte Commiſſionsprotocoll denſelben zureichend bezeuget; daneben b) das

ad Nr. 14. actor. ſub Lit. I.

beygelegte Zeugenverhör denſelben weiter beſtärket; überdem c) ſo wenig Beklagter als Litisdenunciat auch nur einen einzigen rechtlichen und geruhigen actum poſſeſſorium der Herzoglichen Meyerey in Anſehung der Heu- und Futterwerbung anzuführen vermögend geweſen;

Und A) was ſie gegen den von Klägerin behaupteten Beſitz dieſes Mühlenteichs erinnert, von keiner Erheblichkeit iſt, 12

angeſehen quoad a) die in gedachten Commiſſionsprotocoll angeführte von der Meyerey zuweilen exercirte Mitweide gegen den deutlichen Inhalt deſſelben ſo wenig einen wirklichen Beſitz des Mühlenteichs bezeugen mag, als die Mühle aus der ihr damals zuſtehenden Mitweide auf den Gründen der Meyerey einen Beſitz derſelben erweiſen dürfte;

quoad b) der Beſitz eines ſolchen Orts auch ohne Heuwerbung auf andere Weiſe durch Futterwerbung u. d. g. gar wohl conſerviret werden mag;

und quoad c) das

ad Nr. 18. actor. ſub Lit. D.

producirte Commiſſionsprotocoll vom 20. Apr. 1775 dem Rechte der l. Kinder und dem Beſitz derſelben in Anſehung des Mühlenteichs nicht entgegen ſteht, indem α) der ganze actus der Auseinanderſetzung der Meyerey und der Mühle nicht mit ordentlich beſtellten Vormündern der Kinder, ſondern blos mit der Mutter, die jetzt behaupteter Maßen keine Vormünderin iſt, und mit deren benannten Aſſiſtenten vorgenommen worden, mithin in Anſehung der l. Kinder ſchon daher für nichtig zu halten, zumalen β) in dieſer Auseinanderſetzung Grundſtücke der minderjährigen Kinder veräuſſert worden, dergleichen Veräuſſerung aber ſine vrgente neceſſitate, cauſſae cognitione, et decreto iudicis nicht valide geſchehen mag; überdem γ) in dieſem Protocoll nicht ausdrücklich angegeben worden, daß der Mühlenteich forthin der Meyerey zuſtehen ſolle, vielmehr δ) Klägerin, ſo bald ſie gemerket, daß von Seiten der Meyerey der Commiſſionsreceß dahin erkläret werden wollen, bey Herzoglicher Cammer desfalls gebührende Vorſtellung gethan, auch ε) ſelbſt Herzogliche Cammer in der darauf ertheilten

ad Nr. 14. actor. ſub Lit. H.

befindlichen Reſolution vom 23. May 1775 den Commiſſionsreceß auf eine den l. Kindern ſo nachtheilige Art zu erklären mit Recht noch Bedenken getragen;

12 Ferner 2) Beklagter durch die im Sept. 1775. unternommene Wegbringung des Heues und im folgenden Jahre von ihm geſchehene Abmähung deſſelben die l. Kinder auf eine widerrechtliche Weiſe ihres Beſitzes allerdings entſetzet, indem a) Beklagter nach Inhalt der von ihm ſelbſt

ad Nr. 12. actor. ſub Lit. B. et C.

beygebrachten Protocolle vom 14. und vom 21. Sept. 1775 dem Amtmann S. das von Klägerin geſchehene Abmähen des Heues im Mühlenteich

reich als ein dem Commiſſionsreceß vom 20. Apr. 1775. widerſtreitendes factum vorgeſtellet, und die Erlaubniß verlanget, dieſes Heu wegzubringen; hierauf b) der Amtmann ohne in dieſer Sache, worinn ſelbſt Herzogliche Cammer eine Reſolution zu ertheilen noch Bedenken getragen, die Klägerin vorher gebührend zu hören, derſelben gleich durch den Landreuter bey 10 Rthlr. Strafe das Heu nicht wegzubringen anbefehlen laſſen, und alſo neglecta citatione a praecepto den Anfang gemacht, und de facto verfahren;

STRYK *Diſſ. de facto iudicis de facto*, *Cap.* 4. *n.* 3. *ſqq.*

auch c) obgleich nach dem Bericht des Landreuters Klägerin gegen dieſen illegalen Befehl ad ſuperiorem provociret, und ſchleunigſte Beſchwerde zu führen verſichert, dennoch für gut befunden ſine omni cauſſae cognitione durch ein weiteres Verfahren von der Execution den Anfang zu machen, und Beklagtem zu erlauben, das gemähete Heu mit Gewalt wegzufahren; hiedurch aber d) offenbar dem Beklagten auf ſein Verlangen ein ſpolium committiret, cum iudex de facto et ſine cauſſae cognitione procedens rationem ſpoliatoris induat;

c. 7. *X. de reſtit. ſpoliat.*

STRYK *loc. cit. cap.* 2. *n.* 84.

BOEHMER *iur. eccleſ. Lib.* 2. *Tit.* 13. §. 2.

dannenhero e) Beklagter eben ſowohl durch Ausrichtung dieſer ausgebetenen Commiſſion ein ſpolium begangen, von deſſen Folgen ihn das mandatum iudicis nicht befreyen mag, non enim excuſatus eſt, qui iuſſu alicuius deiecit, non magis, quam qui iuſſu alicuius occidit;

L. I. §. 13. *D. de vi et vi armat.*

auch f) Beklagter dagegen durch die für ſich angeführten Rechtsregeln ſich nicht ſchützen mag, da einestheils die Regel iuſte poſſidet qui auctore Praetore poſſidet,

L. II. *D. de adquir. vel amitt. poſſ.*

die natürliche Einſchränkung ſupponiret, daß der Richter de iure und nicht de facto verfahren, cum is, qui iuſſu iudicis ſine citatione poſſeſſionem intrat, iniuſte poſſidere dicatur,

STRYK *loc. cit. Cap.* 4. *n.* 4.

andern-

anderntheils die Regel des angeführten

L. 167. §. 1. *D. de reg. iur.*

nicht nur natürlicher Weiſe vom iuſſu legitimo zu verſtehen, ſondern auch bekannter Maßen ein ſpolium ſine dolo ſola culpa begangen werden mag;

BOEHMER *iur. eccleſ. loc. cit.* §. 3.

13 Einfolglich C) Beklagter bey dieſen Umſtänden das begangene und wiederholte ſpolium cum omni cauſſa zu reſtituiren, auch alle dadurch verurſachte Koſten, worunter die Koſten des auf den 7. Octob. 1776 angeſetzten Termins wegen des ihm unter dem 4. Octobr. 1776 ertheilten

Nr. 11. *actor.*

befindlichen Decrets natürlich mit begriffen, den l. Kindern zu erſtatten ſich nicht entbrechen mag;

Uebrigens aber D) Litisdenunciatem, wenn er ein der Herzoglichen Meyerey an dem in Frage ſtehenden Mühlenteich zukommendes Recht auszuführen ſich getrauet, ſolches gegen die l. Kinder facta reſtitutione ſpolii et expenſarum rechtlicher Art nach auszumachen unbenommen bleibt;

Als ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, zu erkennen bewogen worden.

DECI-

DECISIO LXXVII.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Nihil impedit, quo minus in vno libello cumulatio poſſeſſorii ordinarii et ſummarii fiat.

II. Compenſatio expenſarum facta in ſententia, quae poſſeſſorium terminat, de ſumtibus proceſſus eſt intelligenda; neque pertinet ad damna, quorum reſarcitionem iniuſte deiectus de poſſeſſione remediis congruis ſeparatim petere non impeditur.

III. Sententia non poteſt ferri, niſi de eo, de quo inter partes rite fuit diſceptatum.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Contra ſententiam in poſſeſſorio ſummario latam Saxones remedia non admittenda eſſe cenſent. n. 2.

An poſſeſſorii ordinarii cum ſummario cumulatio fieri queat, quaeritur, n. 3 et adfirmatur. n. 9.

An actori in caſu dato exceptio rei iudicatae obſtet, quaeritur et negatur. n. 4. et n. 11.

Argumenta, quae reus in cauſſa data demonſtrationi poſſeſſionis ab actore allatae opponit. n. 5.

Atque inde actorem in expenſas eſſe condemnandum concludit. n. 6.

An praeter correptionem iudicialem cauſſae actoris patronus poena pecuniaria adhuc ſit coërcendus, quaeritur. n. 7. et negatur. n. 13.

Compenſatio expenſarum non ad reſarcitionem damnorum eſt extendenda. n 8. et n. 14.

Demonſtratio poſſeſſionis ex parte actoris argumentis ſatis validis ſuſtinetur. n. 10.

Refutatio argumentorum a reo demonſtrationi actoris oppoſitorum. n. 11.

Reus vnice ob primam ſententiam pro ſe latam a refundendis expenſis liberatur, tantum abeſt, vt ipſe expenſarum reſtitutionem ſperare queat. n. 12.

De quo inter partes non eſt diſceptatum, de eo neque poteſt ferri ſententia. n. 14.

Urtheil.

Auf Leuterungsſchrift und erfolgte Geſätze in Sachen des Fürſtlichen Landſchaftscaſſen-Procuratoris, Beklagten an einem, des Amsverwalters Johann Ehrenfried M. und deſſen Eheweibes zu R., Kläger am andern Theile, ſo Ew. Hochfürſtliche Durchlaucht in den desfalls ſammt vorhin ergangenen: aus neun unterſchiedenen Voluminibus beſtehenden zurückfolgenden Acten zur Abfaſſung eines rechtlichen Urtheils uns gnädigſt zufertigen laſſen,

erkennen wir nach fleiſſiger derſelben Verleſung und gemeinſchaftlich gepflogener Erwägung für Recht:

1 Daß es, eingewandter Leuterung ohngeachtet, bey dem unterm 20. Jul. des 1776ſten Jahres eröffneten und fol. 135. actor. ſub B. befindlichen Urtheil billig verbleibet. Von Rechts wegen.

Entſcheidungsgründe.

2 Obwohl A) Beklagter die Zuläſſigkeit der von Klägern gegen das

fol. 378. *actor. ſub A.*

befindliche Urtheil eingewandten Leuterung daher bezweifeln will, weil Kläger wegen des behaupteten Beſitzes der ihnen in Anſehung des R. Guts zuſtehenden Accisfreyheit im Hausſchlachten und Bierbrauen in poſſeſſorio ſummario geklaget, in dergleichen poſſeſſorio aber ſo wenig eine Leuterung als Appellation für zuläſſig zu halten ſey,

CARPZOV *Part.* 1. *conſtit.* 19. *def.* 24.
WERNHER *Part.* 2. *obſ.* 387.

und wenn gleich in gedachtem Urtheil zugleich über mehrere Nebenpuncte erkannt worden, dennoch dadurch die Leuterung in der Hauptſache nicht
3 zuläſſig werden mögen, zumalen die von Klägern vorgeſchützte Verbindung des poſſeſſorii ſummarii mit dem ordinario unſchicklich und daher unſtatthaft anzuſehen ſey;

Hiernächſt B) Beklagter durch den Inhalt des auf dieſe Leuterung ergangenen Urtheils

fol. 135. *actor. ſub B.*

beſchwert zu ſeyn behauptet,

indem I.) Kläger in dem vorgegebenen Beſitz der libellirten Freyheit nicht geſchützet, noch Beklagter ad petitorium verwieſen werden ſollen,

anerwogen 1) Klägern in Anſehung des angeſtellten poſſeſſorii überhaupt die exceptio rei iudicatae entgegen ſtehe, da ſie mit ihrem Geſuch in Anſehung des vorgegebenen Beſitzes bereits durch das 4

fol. 57. *actor. ſub A.*

beygebrachte Reſcript vom 19. Mart. 1773 abgewieſen, und wenn ſie ihre Prätenſion auszuführen glaubten, ſolches in gebührender Ordnung zu thun angewieſen worden;

und überdem 2) dieſer vorgegebene Beſitz von Klägern wie recht nicht beygebracht worden, angeſehen a) was die zum poſſeſſorio ſummario erforderliche poſſeſſionem praeſentem et momentaneam anbetrifft, Kläger wegen der Freyheit im Bierbrauen keinen actum poſſeſſorium noviſſimum anzuführen vermögend geweſen, auch den letzten Beſitz der Freyheit im Hausſchlachten durch die 5

fol. 14. *actor. ſub A.*

beygebrachten Freyzettel von Jahren 1772 und 1773, wegen der

fol. 118. *ſqq. dict. act.*

befindlichen eidlichen Angabe des Einnehmers M., wie er dieſe Zettel ausgeſtellet, ſelbſt nach dem Ermeſſen der E. Urtheilsfaſſer

fol. 149. *actor. ſub. B.*

wie recht nicht beygebracht; weswegen Beklagter im angeſtellten poſſesſorio ſummario abſolviret zu werden verhoffet;

MENCKEN *ad proc. Diſſ.* 1. §. 42.

hiernächſt b) das Vorgeben des vorhergehenden älteren Beſitzes dieſer Freyheit anlangend, Beklagter zuförderſt ſolches ſchon dadurch für zureichend widerlegt halten will, daß theils in keinem Trankſteuer- und Accisfreyheits-Reglement der Freyheit des R. Guts Erwähnung geſchehen, theils auch derſelben in dem

fol. 126. *actor. ſub A.*

befindlichen Reglement vom 10. Nov. 1759 nicht gedacht worden, ohnerachtet des T. Ritterguts, welches zum ſechſten Theil mit demſelben

 ver-

verbunden, daſelbſt §. 13. n. 3. Meldung geſchehen, auch vor Verfertigung dieſes Reglements vermöge des

fol. 138. *actor. ſub A.*

inducirten Reſcripts vom 15. Iun. 1758 die Beſitzer der Trankſteuerfreyen Güter im Fürſtlichen Amte H. zur Angabe und Beybringung ihrer Freyheit vorgeladen worden; endlich auch die B. Erben, als damalige Beſitzer dieſes Guts, wegen einer Trankſteuerfreyheit deſſelben ſich nicht gemeldet, vielmehr darauf unter dem 30. Iun. 1761 durch ihren mandatarium B. ſich gerichtlich erkläret, daß ſie ſich beruhigen wollten, weil ſie kein Recht für ſich hätten;

fol. 11. der Commiſſionsacten die Trankſteuerfreyheit der *B.* Erben betreffend.

Demnächſt c) Beklagter gegen die Beſcheinigung des vorgegebenen älteren Beſitzes vorgeſtellet, daß ſoviel den Beſitz der Accisfreyheit des Hausſchlachtens betrifft, 1) die ſub ⊙.

fol. 14. *actor. ſub A.*

inducirten Freyzettel von den Jahren 1755 und 1757 auf das R. Gut nicht wieſen, ſondern von dem $\frac{1}{6}$ des damit verbundeneu T. Ritterguts verſtanden werden müßten, 2) das ſub F.

fol. 157. *actor. ſub A.*

beygebrachte B. Zeugniß unbeſchworen ſey, und keine Aufmerkſamkeit verdiene, 3) der ſub

fol. 17. *dict. act.*

beygebrachte Inhalt des Kauf- und Adjudicationsſcheines vom 9. Iul. 1765 für erheblich nicht zu halten, da ſo wenig in den vorhergegangenen Subhaſtationspatenten

fol. 43. 66. *Vol. actor. ſub* ♀.

als in den Specificationen der Pertinenzen dieſes Guts

fol. 44. *ſqq.*, 67. *ſqq. eod. Vol.*

dieſe Freyheit angegeben worden, 4) die erfolgte landesherrliche Beſtätigung dieſes Adjudicationsſcheines ſaluo iure tertii zu verſtehen,

5) der

5) der ſub ✠.

fol. 15. *actor. ſub A.*

inducirte Auszug aus dem Bericht des Amtsrichters, Gerichtsſchöppen und Feldgeſchwornen vom 2. Dec. 1765 ein inſtrumentum priuatum ſey, welches einem Dritten nicht nachtheilig ſeyn möchte, und 6) die ſub G.

fol. 299. *actor. ſub A.*

beygebrachte eidliche Ausſage des Metzgers O. Klägern nicht zu ſtatten komme, da er nicht nur ad art. 5. keine gewiſſe Zahl der in einem Jahre Accisfrey geſchlachteten Stücke, auch nicht das Jahr, wo er ein Rind geſchlachtet, angegeben, ſondern auch ad art. 10. ſelbſt geſtanden, daß ihm der Unterſchied des R. Guts und des damit verbundenen ⅙ des T. Ritterguts unbekannt geweſen;

Ferner den Beſitz der Trankſteuerfreyheit anlangend, Beklagter der Meinung iſt, daß 1) die ſub 4.

fol. 21., *fol.* 307. *actor. ſub A.*

inducirte Urkunde eines theils für keine Urſchrift zu halten, anderntheils nur von einer perſönlichen Freyheit des Rittmeiſters H. rede, 2) das ſub ☿.

fol. 19. *dict. actor.*

befindliche Reſcript vom 29. Aug. 1754 theils unter vormundſchaftlicher Regierung erſchlichen, theils durch das Reglement vom 10. Nov. 1759 wieder aufgehoben worden, 3) dem ſub F.

fol. 157. *Vol. actor. ſub A.*

beygebrachten unbeſchwornen B. Zeugniß, welches deſſen eigener

fol. 140. *eod. Vol.*

befindlichen Erklärung widerſpreche, imgleichen 4) dem ſub ♂.

fol. 17. *dict. Vol.*

beygebrachten Inhalt des Kauf- und Adjudicationsſcheines vom 9. Iul. 1765 nebſt der landesherrlichen Beſtätigung, wie auch 5) dem ſub ✠.

fol. 15. *actor. ſub A.*

 indu-

inducirten Auszug aus dem Bericht des Amtsrichters Gerichtsſchöppen und Feldgeſchwornen vom 2. Dec. 1765 in Anſehung der Beweiskraft die bereits angeführten Einreden entgegen ſtünden;

6 Daher auch II.) Kläger von der ihnen auferlegten Erſtattung der verurſachten Koſten nicht zu befreyen, ſondern vielmehr zu deren Erſtattung zu vertheilen geweſen ſeyn;

Nicht minder III.) der Kläger Sachwalter von der wegen anzüglicher und ungeziemender Schreibart ihm auferlegten Strafe von 10 Rthlr. nicht frey geſprochen werden ſollen, indem nicht nur Beklagter nach dem demſelben

fol. 317. *actor. ſub A.*

bereits gegebenen gerichtlichen Verweiſe noch auf eine weitere Beſtrafung gedrungen,

fol. 339. *dict. act.*

ſondern auch derſelbe noch nachher

fol. 355. *ſqq.*

dergleichen Schreibart weiter gebrauchet;

8 Endlich C) Kläger die in dem letzten Urtheil erkannte Vergleichung der Koſten von den Koſten des Proceſſes verſtehen, und daher verlangen, daß Beklagter zur Erſtattung der ihnen durch die während dieſes Proceſſes unternommene Execution verurſachten Schäden und Koſten vertheilet werde;

Und hieraus, daß anders, als geſchehen, zu erkennen geweſen, es das Anſehen gewinnen möchte;

Dennoch aber und dieweil A) die Zuläſſigkeit der von Klägern gegen das

fol. 378. *actor. ſub A.*

befindliche Urtheil eingewandten Leuterung keinem gegründeten Zweifel unterworfen iſt, indem, wenn gleich die Sächſiſchen Rechtslehrer die Rechtsmittel gegen ein Urtheil im poſſeſſorio ſummario nicht zulaſſen, dennoch in poſſeſſorio ordinario deren Zuläſſigkeit nicht bezweifelt werden mag,

c. 2. *X. vt lite non conteſt.*

c. 10. 15. X. de reſtit. ſpoliat.

CARPZOV *Part. 1. conſt. 19. def. 24.*

BRVNNEMANN *ad L. vn. C. de momentan. poſſeſſ. n. 7. 8.*

und im gegenwärtigen Fall nicht allein Kläger in ihrem Klaglibell 9

fol. 7. actor. ſub A.

dadurch, daß ſie nicht bloß in einem gegenwärtigen, ſondern auch ſeit 5. 10. 20. 30. 40. und 50. Jahren vorhergehenden Beſitz ſich gegründet, das poſſeſſorium ſummarium mit dem ordinario auf eine zu Recht beſtändige Weiſe verbunden

BERGER *elect. proc. poſſeſſ.* §. 41.

ſondern auch durch das

fol. 181. actor. ſub A.

angeführte Fürſtliche Reſcript Kläger bereits in poſſeſſione momentanea geſchützet worden, mithin jetzt hauptſächlich auf die Entſcheidung des poſſeſſorii ordinarii es ankömmt;

Hiernächſt B) die von Beklagtem gegen den Inhalt des auf dieſe Leuterung erfolgten

fol. 135. actor. ſub B.

befindlichen Urtheils angeführten Beſchwerden durchgehends von keiner Erheblichkeit ſind,

anerwogen I.) Kläger in dem behaupteten Beſitz der libellirten Frey- 10
heit ihres Guts, weil ſie ſolchen durch die beygebrachten Beſcheinigungsmittel zur Nothdurft dargethan, zu ſchützen geweſen;

indem den Beſitz der Accisfreyheit des Hausſchlachtens anlangend, a) aus der ſub G.

fol. 299. ſqq. actor. ſub A.

befindlichen eidlichen Ausſage des Metzgers O. ad art. 5. 6. zu erſehen, daß derſelbe ſeit 20 Jahren nicht nur alle Jahre etliche Schweine, Schöpſe, Kälber und Lämmer, nachdem die Beſitzer ſtarke oder ſchwache Wirthſchaft getrieben, ſondern auch einmal ein Rind accisfrey auf die vom Acciseinnehmer zu R. erhaltenen Freyzettel geſchlachtet, und wenn gleich

gleich derſelbe, daß ihm der Unterſchied des R. Guts und des damit verbundenen ⅛ des T. Ritterguts unbekannt geweſen, ad art. 10 eingeſtanden, dennoch der von ihm bezeugte Beſitz um ſo mehr vom R. Gut ſelbſt verſtanden werden muß, je weniger dieſer Beſitz der blos auf ein Mittelſchwein und einen Schöps eingeſchränkten Freyheit des ⅛ vom T. Rittergut für gemäß zu halten, auch die dagegen gemachte Einwendung, daß O. eine beſtimmte Zahl der geſchlachteten Stücke und das Jahr, wo das Rind geſchlachtet worden, nicht angegeben, keiner Widerlegung bedarf;

Ferner b) der ſub ♂

fol. 17. *actor. ſub. A.*

beygebrachte Auszug des

fol. 99. *ſq. actor. ſub* ☿.

befindlichen gerichtlichen Kauf- und Adjudicationsſcheines vom 9. Jul. 1765, daß Klägern damals dieſe Freyheit, mithin auch der Beſitz derſelben gar nicht bezweifelt worden, um ſo mehr bezeuget, da c) dieſer Adjudicationsſchein durch ein Fürſtliches Reſcript vom 1. Aug. 1765.

fol. 115. *Vol. actor. ſub* ☿.

nach vorher eingeſandten Acten ausdrücklich beſtätiget worden, und wenn gleich in den Subhaſtationspatenten

fol. 43., *fol.* 68. *Vol. eod.*

und in den Specificationen der Pertinenzen dieſes Guts

fol. 44. *ſqq.*, 67. *ſqq. dict. Vol.*

dieſer Freyheit nicht Meldung geſchehen, dennoch einestheils ſolches unerheblich iſt, anderntheils dieſe Freyheit in dem von den B. Erben

fol. 54. *actor. ſub* ♃.

unter dem 30. Aug. 1764. gerichtlich übergebenen Kaufanſchlage wirklich mit angegeben worden, ſo wie die der landesherrlichen Beſtätigung von Beklagtem entgegengeſetzte Einrede, daß ſolche ſaluo iure tertii zu verſtehen, nicht hieher, ſondern ad petitorium gehöret; weniger nicht d) der ſub ☾.

fol. 15. *actor. ſub A.*

indu-

inducirte Auszug aus dem

fol. 135. *actor. ſub* ☿.

befindlichen Bericht des Amtsrichters, Gerichtsſchöppen, und Feldgeſchwornen vom 2. Dec. 1765 den damals unbezweifelten Beſitz dieſer Freyheit um ſo mehr beweiſet, da nicht nur dieſer Bericht wegen des Amts gedachter Perſonen allerdings für ein inſtrumentum publicum zu halten, ſondern auch ſelbſt der Acciseinnehmer M. ſolchen Bericht als Gerichtsſchöppe mit abgeſtattet, auch e) das ſub F.

fol, 157. *actor. ſub A.*

producirte B. Zeugniß in Anſehung des Beſitzes von 1757 bis 1762 Klägern allerdings zu ſtatten kömmt, da er nicht nur ſolches mit einem Eide zu beſtärken erboten, ſondern ſelbiges auch durch des Metzgers O. Ausſage ad art. 3. und 4.

fol. 301. *ſq. actor. ſub A.*

unterſtützet wird, und f) unter dieſen Umſtänden auch die ſub ⊖

fol. 14. *dict. act.*

beygebrachten Frezettel Klägern das Wort reden, und nicht blos vom Antheil des T. Guts verſtanden werden mögen;

Hiernächſt den Beſitz des Accisfreyen Brauens betreffend, a) der ſub ♂. producirte Kauf- und Adiudicationsſchein vom 9. Iul. 1765, b) das angeführte ſelbigen beſtätigende Fürſtliche Reſcript vom 1. Aug. 1765., imgleichen c) der ſub ☾. beygebrachte Bericht des Amtsrichters, Gerichtsſchöppen, und Feldgeſchwornen vom 2. Dec. 1765 aus bereits angeführten Gründen denſelben von dieſer Zeit ohnſtreitig erhärten, ſo wie d) das ſub F. inducirte B. Zeugniß von den Jahren 1757 bis 1762 ſolchen beſtärket, und ſelbiges der

fol. 140. *actor. ſub A.*

befindlichen Erklärung deſſelben, welche ausdrücklich vom Rechte, und nicht vom Beſitz redet, keinesweges widerſpricht, und beſonders e) nicht nur das ☿.

fol. 19. *actor. ſub A.*

befindliche Fürſtliche Reſcript vom 29. Aug. 1754 auf den aus den alten Deputatbüchern erſtatteten

fol 4. *actor.* **die gnädigſt wieder herzuſtellen beliebte Trankſteuerfreyheit ꝛc. betreffend,**

befindlichen Bericht bezeuget, daß das R. Freygut dieſe Freyheit vorher bis im Jahr 1728, wo ſelbige eingezogen worden, beſeſſen; mithin daher, daß die ſub 4.

fol. 21., *fol.* 307. *actor. ſub A.*

producirte Anweiſung der Fürſtlichen Oberacciseinnahme an den Untereinnehmer zu R. vom 30. Ian. 1712 von einer Freyheit des R. Guts, und nicht blos des Rittmeiſters H. zu verſtehen, auſſer Zweifel iſt, ſondern auch f) durch dieſes Reſcript den H. Erben als damaligen Beſitzern dieſes Guts, ſolche Freyheit wiederum gnädigſt ertheilet, auch g) vermöge des ſub K.

fol. 315. *actor. ſub A.*

inducirten documenti ſelbſt vom Fürſtlichen Caſſedirectorio unter dem 29. Sept. 1754 dem Einnehmer M., den Beſitzern des Guts dieſe Freyheit wieder einzuräumen, angedeutet worden;

Und aus dieſer zureichend beſcheinigten und colorirten poſſeſſione antiquiori auch poſſeſſio praeſentanea et momentanea allen Rechten nach um ſo mehr zu vermuthen, je weniger Beklagter auch nur einen einzigen ruhigen actum des gegenſeitigen Beſitzes anzuführen vermocht;

WERNHER *Part.* 2. *obſ.* 433.

Dahergegen dasjenige, was Beklagter gegen dieſen behaupteten Beſitz
11 vorgeſchützet, von keiner Erheblichkeit iſt, angeſehen a) die aus dem

fol. 57. *actor. ſub A.*

befindlichen Reſcript vom 19. Mart. 1773 hergenommene exceptio rei judicatae um ſo weniger für ſtatthaft zu halten, je weniger die Abſicht dieſes Reſcripts geweſen, die Sache wegen des Beſitzes rechtlich zu entſcheiden, und je deutlicher in gedachtem Reſcript den Klägern ihre Prätenſion, welche nur noch den Beſitz betroffen, in gebührender Ordnung auszuführen freygelaſſen worden;

b) die Einrede, daß Kläger wenigſtens nicht poſſeſſionem praeſentaneam beſcheiniget, und daher mit Erſtattung der Koſten ad ordinarium verwieſen werden ſollen, daher natürlich ihre Erledigung erhält, daß einestheils, vermöge des bereits Ausgeführten, die poſſeſſio praeſentanea in Anſehung der Accisfreyheit des Hausſchlachten naturaliter, und in Anſehung der Trankſteuerfreyheit artificialiter zur Nothdurft beygebracht, anderntheils Kläger mit dem poſſeſſorio ſummario, worinn ſie bereits geſchützt worden, gleich Anfangs das ordinarium verbunden;

c) die Ausflucht, daß in keinem Reglement, auch nicht im letzteren vom 10. Nov. 1759 dieſer Freyheit Erwähnung geſchehen, der Freyheit des Guts und vorjetzt dem Beſitz derſelben nicht ſchaden mag, da nicht nur die B. Erben durch ihre Abweſenheit, Zerſtreuung, und zum Theil Minderjährigkeit, die Freyheit ihres Guts vorher zu dociren verhindert, und daher auch nirgends derſelben für verluſtig erkläret, vielmehr mit ihnen wegen dieſer Freyheit noch in den Jahren 1760. 1761 tractiret worden,

fol. 10. *ſq.* der Commiſſionsacten, die Trankſteuerfreyheit ꝛc. betreffend.

ſondern auch im §. 11. des gedachten Reglement die Gerechtigkeit aller Freygüter generaliter beſtätiget iſt;

endlich d) die Namens der B. Erben von mandatario B. den 30. Iun. 1761

fol. 11. *actor. Commiſſ.* die Trankſteuerfreyheit ꝛc. betreffend.

geſchehene Erklärung, da deſſen

fol. 4. *actor. Commiſſ.*

befindliche Vollmacht ihn darzu nicht berechtiget, in Anſehung der B. Erben für nichtig zu achten; nicht zu gedenken, daß dieſe Erklärung die Accisfreyheit des Hausſchlachtens überall nicht betrifft;

Solchemnach II) die von Beklagtem wegen der verglichenen Koſten geführte Beſchwerde von ſelbſt ſich erlediget, zumalen derſelbe, daß er mit Erſtattung der Koſten verſchonet worden, nicht denen von ihm angeführten Gründen, ſondern blos dem erſten beyfälligen Urtheile zuzuſchreiben hat; 12

13 Auch III.) der Kläger Sachwalter von der ihm im erſten Urtheil auferlegten Strafe von 10 Rthlr. daher billig befreyet worden, weil einestheils die von ihm Namens der Kläger über das ab Seiten des Landſchaftscaſſen-Directorii unternommene Verfahren geführten Beſchwerden nach Inhalt der Acten für ungegründet nicht zu halten, und dergleichen gegründete, obwohl unangenehme, Beſchwerden zu führen die Rechte einem Sachwalter verſtatten,

L. 6. §. 1. de poſtuland.

anderntheils deſſelben darinn begangene Uebereilung, daß er dieſe Beſchwerden nicht mit der einem ſolchem Collegio ſchuldigen Ehrfurcht angeführet, nicht nur von ihm verbeſſert, und nicht wiederholet, ſondern auch nach

fol. 317. actor. ſub A.

bereits mit einem ernſtlichen Verweiſe beſtraft worden, mithin Beklagter durch ſein darauf geäuſſertes Verlangen einer zweyten Beſtrafung ſelbige den Rechten nach nicht bewirken mögen;

14 Endlich C) es zwar ſeine Richtigkeit hat, daß durch das letzte Erkenntniß den Klägern in Anſehung der ihnen durch die während des Proceſſes unternommene Execution verurſachten Schäden und Koſten nichts aberkannt worden, jedennoch in Anſehung dieſes Puncts, da nicht darüber verfahren worden, vorjetzt nicht erkannt werden mögen;

Als iſt von uns, wie im Urtheil geſchehen, billig erkannt worden.

DECI-

DECISIO LXXVIII.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Mandatum ad monendos de facienda ſolutione debitores, atque ad adcipiendos, quos ſoluunt numos, procuratorem extraiudicialem, conſtituit, neque ſufficit ad legitimationem intuitu perſecutionis debitorum in iudicio inſtituendae.

II. Poteſt debitor in chirographo renunciare facultati impetrandi moratorii. At enim haec debitoris renunciatio non ſtringit eum, qui tamquam ſucceſſor ſingularis emendo rem a debitore obligatam, onus ſoluendi crediti ſimpliciter adgnouit et ſuſcepit.

III. Quamuis intuitu pacti remiſſorii creditores chirographarii non poſſint facere praeiudicium hypothecariis, tamen ex *l. fin. C. qui bon. ced. poſſ.* liquido conſtat, intuitu moratorii debitori communi concedendi eos omnino connumerari debere.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Argumenta ex quibus procurator in data cauſſa ſeſe ſatis eſſe legitimatum opinatur. n. 2.

Exceptioni indulti moratorii poteſt valide renunciari. n. 3.

Ex noua cauſſa agenti exceptio rei iudicatae non obſtat. n. 4.

Refutantur argumenta pro legitimatione procuratoris adducta. n. 5.

Litis conſortes ante litem conteſtatam mandato praeſumto non gaudent. n. 6.

Emtor, qui debitum venditoris in re vendita hypotheca munitum, adgnouit eiusque ſolutionem faciendam promiſit, non ideo omnes debitoris principalis renunciationes perſonales adgnouiſſe cenſendus eſt. n. 7.

Renunciatio moratorii facta in dubio non eousque eſt extendenda, vt a maiori creditorum parte conceſſa non ſit adcipienda, ſed ſaltim impedit eam inuitis creditoribus a principe ſibi concedendam impetrare. n. 8.

Urtheil.

Auf Vorbringen und ferneres Schriftwechſel in Sachen der von Th. Erben Imploranten an einem, wider den Rahtsverwandten Pr. zu R. Imploraten am andern Theil, einen Indult betreffend, erkennen Wir F. von Gottes Gnaden H. zu M. ꝛc. ꝛc. nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht:

1 Daß zuförderſt Implorantiſcher Anwald von G. beſſer als geſchehen ſich ad acta zu legitimiren ſchuldig; Im übrigen der Imploranten Suchen nicht ſtatt hat, ſie auch die durch dieſen Rechtsſtreit verurſachten Koſten nach vorhergehender deren Angabe und Unſerer Mäßigung Imploraten zu erſtatten verbunden. V. R. W.

Entſcheidungsgründe.

Obwohl I) Implorantiſcher Anwald von G. durch die

ſub nr. 2. ad Lit. D. act.

beygebrachte Vollmacht ſich zureichend ad acta legitimiret zu haben vermeinet, da nicht allein Otto Heinrich von Th. und Otto Balthaſar von Th. dieſe Vollmacht vor ſich und in Vollmacht ihrer Geſchwiſter unterſchrieben und beſiegelt, ſondern er auch überdem ſowohl wegen ſeiner Miterben und Anverwandſchaft, als auch wegen der in Händen habenden Urkunden bekannten Rechten nach ein mandatum praeſumtum habe, und daher ohne alle weitere Legitimation zuzulaſſen;

Hiernächſt II.) Imploranten behaupten, daß ihnen der vom größten Theil der Gläubiger dem Imploraten unter den 6. May 1775 zugeſtandene, und vom Landesherrn unter den 19. Jul. 1775 beſtätigte und auch auf nicht einwilligende Gläubiger erſtreckte Indult in Anſehung ihrer noch rückſtändigen Forderung nicht entgegengeſetzt werden möchte,
3 anerwogen 1) aus den der Klage

Lit. D. act. ſub Nr. 1.

beygelegten Schuldverſchreibungen erhelle, daß in denſelben der Ausflucht eines indulti moratorii oder Anſtandsbriefes vom Schuldner ausdrücklich entſaget worden, weswegen Implorat nach der bekannten Rechtsregel, ad iura, quibus renunciatum, non dari regreſſum.

L. 14. §. 9. D. de Aedil. edict.
L. 11. C. de reb. cred.

gegen ſie dieſes Indults ſich zu bedienen um ſo weniger vor berechtiget
zu halten, je weniger er dieſen Umſtand in ſeinem Geſuch der Beſtäti-
gung gemeldet, und dem Beſtätigungsreſcript die Clauſel: ohngeachtet
einer geſchehenen Entſagung, einrücken laſſen, und 2) die ihnen vom 4
Imploraten entgegen geſetzte Einrede der Rechtskraft des Decrets vom
18. Octob. 1775

ad Lit. B. act.

keine Aufmerkſamkeit verdiene, da ſie die Gültigkeit des mehrgedachten Indults in Anſehung ihrer Forderung jetzt nicht weiter aus allgemeinen in Gemeinſchaft mit andern Gläubigern angeführten durch beſagtes Decret verworfenen Gründen, ſondern aus einem neuen beſondern Grunde beſtritten, der durch dieſes Decret keinesweges vor verworfen zu halten, cum idem ex alia cauſſa petenti exceptio rei iudicatae non obſtet,

L. 11. §. 2. D. de except. rei iud.

und daher, daß anders als geſchehen, zu erkennen geweſen, es das Anſehen gewinnen möchte;

Dennoch aber und dieweil I.) Implorantiſcher Anwald von G. beſſer
wie geſchehen ſich ad acta zu legitimiren ſich nicht entbrechen mag, an-
geſehen a) die 5

ad Lit. D. act. ſub Nr. 2.

beygebrachte Vollmacht ihn zu einer Namens der ſämmtlichen von Th. Erben gegen Imploraten anzuſtellenden Klage keinesweges legitimiret, immaßen b) dieſe Vollmacht demſelben blos die Capitalien zu kündigen, ſelbige nebſt den Zinſen zu heben, und darüber zu quitiren, nicht aber desfalls gerichtlich zu klagen, die Befugniß ertheilet, ferner c) nach der Imploranten eigenen Angeben die Anzahl der von ihrer Seite vorhandenen Streitgenoſſen auf 20 Perſonen geht, dieſe Vollmacht aber nur von zweyen nämlich Otto Heinrich von Th. und Otto Balthaſar von Th. ausgeſtellet und unterſchrieben worden, und d) wenn dieſe gleich in ihrer Unterſchrift ſelbige in Vollmacht ihrer ſämmtlichen Geſchwiſter ausgeſtellt zu haben bezeugen, dennoch eineſtheils dieſe vorgegebene Voll-

macht der Geſchwiſter im geringſten nicht beſcheiniget, anderntheils auch nicht beygebracht worden, daß ſelbige die ſämmtlichen übrigen von Th. Teſtamentserben ſind, weniger nicht c) das vorgeſchützte mandatum praeſumtum nicht allein wie recht noch nicht erwieſen, da Imploratiſchem Anwalde die Schuldverſchreibungen vermöge der beygebrachten Vollmacht zum Zweck der Kündigung und Hebung der Gelder, und nicht zum Zweck einer gerichtlichen Klage zugeſtellet worden, auch
6 die Streitgenoſſenſchaft allererſt, wenn ſämmtliche Streitgenoſſen den Rechtsſtreit würklich übernommen, ein mandatum praeſumtum würket,

L. 2. C. de conſort. eiusd. lit.

und von einem beſtimmten Grade der Verwandtſchaft mit ſämmtlichen von Th. Teſtamentserben, der den Rechten nach zu einem praeſumto mandato erfordert wird,

L. 35. pr. D. de procurat.

nichts angeführet und beſcheiniget worden, ſondern auch, wenn es gleich erwieſen werden könnte, dennoch ohne gebührenden Vorſtand wegen der erfolgenden Genehmigung nicht vor zureichend zu halten,

arg. L. 12. C. de procurat.

BOEHMER *ad D. eod. §. 9.*

Hiernächſt II) das Suchen der Imploranten, wenn gleich demſelben die vorgeſchützte Einrede der Rechtskraft des unter den 18. Octob. 1775 ertheilten Decrets nicht entgegen ſteht, vor ſtatthaft nicht gehalten wer-
7 den mag, ſintemalen 1) Implorat in dem von Implaranten

ſub Nr. 1. ad Lit. D. act.

beygebrachten Agnitionsſchein zwar die angegebenen von Th. Forderungen, an den von H., als Verkäufern des Guts B., welche die Gläubigern in dem an Imploraten verkauften Gut, jedoch ohne einige Novation ſtehen laſſen, als richtige, und in dieſen Gut und deſſen Zubehörungen radicirte Forderungen anerkannt, und ſelbige nach einer halbjährigen Loskündigung abzutragen verſprochen, allein vor ſich in dieſem Agnitionsſchein, aus welchem allein ſeine perſönliche Verbindlichkeit zu beurtheilen, mit keinem Worte der Einrede eines moratorii oder Anſtandsbriefes entſaget, und 2) wenn ſchon der Verkäufer von H. in

in den ausgeſtellten Schuld⸗ und Pfandsverſchreibungen dieſen Behelfen entſaget, dennoch ſolche Entſagung Imploraten, als einen ſucceſſorem ſingularem, im geringſten nicht verbinden mag, da er in dem Agnitionsſchein keinesweges die perſönliche Verbindlichkeit des Verkäufers, ſo wie dieſer ſolche contrahiret, zu übernehmen verſprochen, ſondern blos dieſe Schuldforderungen, vermöge der von der Gläubigerin ohne einige Novation vorbehaltenen alten Pfandesgerechtigkeit, als auf das Gut noch haftende Forderungen anerkannt, und dem zu Folge ſelbige zu verzinſen und abzutragen, ſich verbunden, endlich 3) wenn auch Implorat in dem Agnitionsſchein der Einrede eines moratorii oder Anſtandsbriefes entſaget hätte, dieſe Entſagung blos von einem vom Landesherrn gegen den Willen der Gläubiger erhaltenen Anſtandsbriefe zu verſtehen, nicht aber auf ein von den ſämtlichen Gläubigern, oder welches den Rechten nach einerley iſt,

L. f. C. qui bon. ced. poſſ.

vom größten Theil derſelben erhaltenes moratorium zu erſtrecken.

Solchemnach bey dieſer Bewandtniß der Sache; da Imploranten einigen ſcheinbarer Grund ihres neuen Suchens anzubringen nicht vermocht, ſie mit Erſtattung der Unkoſten nicht verſchonet werden mögen;

Als ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, zu erkennen bewogen worden.

CONSILIVM LXXIX.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Non licet iudici formulam iuriſiurandi de fundamento exceptionis delati ita immutare, vt in iuramentum de veritate facti ad replicam fundandam abeat.

II. Iuſiurandum ſuppletorium de credulitate ex leuibus praeſumtionibus a iudice decerni nequit.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio vnica. n. 2.
Debitum, quod ſublatum eſt, in compenſationem deduci nequit. n. 3.
Argumenta, ex quibus actores ſolutionem eorum, quae in rationes rei relata erat, debitorum demonſtrare intendunt. n. 4.
Cum oblatione ad praeſtandum iusiurandum ſuppletorium. n. 5.
In dato caſu controuerſo exceptio compenſationis oppoſita, et ab actoribus in replicis negata onus probationis reo imponendum ſuaſit. n. 6.
Quem in finem ipſi licuit vti delatione iuramenti. n. 7.
Quum actores veritatem rationis non negent, ſed de facta ſolutione replicent, iureiurando delato non amplius opus eſt. n. 8.
Hincque res eo redit, vt actores veritatem ſuae replicae de facta ſolutione probatam dent. n. 9.
Quam quidem probationem per oblationem ad iuramentum perficere nequeunt, neque iudici licet formulam iuramenti delati ita immutare, vt in iuramentum ratione replicae ſuppletorium degeneret. n. 10.
Refutatio argumentorum numeri 4. *pro facta ſolutione debitorum in rationem relatorum.* n. 11.
Deciſio quaeſtionis propoſitae. n. 12.

Als uns eine Geſchichtserzählung mit beygefügten Actenſtücken, ſo hiebey zurückgehen, nebſt einer Rechtsfrage zugeſendet, und wir darüber unſer in den Rechten gegründetes Gutachten zu ertheilen gebeten worden; demnach erachten wir nach fleißiger derſelben Verleſung und gemeinſchaftlich gepflogener Erwägung den Rechten gemäß zu ſeyn:

Hat der Goldſchmidt M. zu V. von dem weiland Oberhauptmann von S. als R. curatore, in den Jahren 1742 bis 1744 nach und nach das I

Nr. 3. *act.*

verzeichnete alte Silbergeräth gekaufet, darauf aber ſofort und bis im Jahr 1749 an baaren Gelde und neuer Silberarbeit laut Rechnung

Nr. 9. *act.*

ſo viel abgetragen, daß die Schuld mehr als völlig getilget worden.

Als demohngeachtet die S. Erben im Jahr 1768 gegen den Goldſchmidt M. beym Magiſtrat zu V. eine Klage wegen eines angegebenen Rückſtandes von 292 Rthlr. für jenes alte Silbergeräth übergeben,

Nr. 2. *act.*

und auf die vom Beklagten wegen der dagegen laut beygelegter Rechnung

Nr. 9. *act.*

ihrem Erblaſſer gelieferten neuen Gold- und Silberarbeit, vorgeſchützte Einrede der Compenſation,

Nr. 8. *act.*

nach Verlauf von faſt 5 Jahren nämlich im Jahr 1773, endlich replicando erwidert, daß ſie deſſen Gegenrechnung nicht als richtig annehmen könnten, und daher, weil ihre Forderung durch Beklagtens Geſtändniß liquide ſey, gebeten, demſelben anzubefehlen, die exceptionem compenſationis innerhalb 14 Tagen gehörig liquide zu machen, und zu erweiſen, und im Entſtehungsfall ihn damit ad ſeparatum zu verweiſen

Nr. 11. *act.*

Iſt nach geendigtem Verfahren ein den 8. Iun. 1773 eröffnetes Urtheil des Magiſtrats erfolget, durch welches beklagter M., Klägern die eingeklagte

geklagte Summe mit Zinſen und Koſten zu bezahlen vertheilet, jedoch ihn zu beweiſen vorbehalten worden, daß er auf die vor erhaltenes Silber contrahirte Schuld mehr, als die von Klägern eingeſtandenen 145 Rthlr. baares Geld, würklich abgetragen habe

Nr. 18. *act.*

Nachdem Beklagter dieſen Beweis dadurch angetreten, daß er den Klägern über die von ihnen in ihren replicis geleugnete Richtigkeit der

Nr. 9. *act.*

befindlichen Rechnung den Eid dahin deferiret, daß er die darin Stück für Stück ausgeführte Gold und Silberarbeit für ihren Erblaſſer und deſſen Familie nicht verfertiget und geliefert habe,

Nr. 28, *act.*

und Klägern dieſe Eidesdelation, zur Erklärung durch ein Decret vom 18. Febr. 1774 communiciret worden;

Nr. 29. *act.*

haben dieſe den ihnen deferirten Eid zwar deshalb vor irrelevant halten wollen, weil es ihrer Meinung nach darauf ankomme, ob Beklagtem dieſe Rechnung nicht vergütet worden

Nr. 34. *act.*

jedoch ſind Beklagte Einwendens ohngeachtet auf dieſen Eid ſich zu erklären durch ein Decret vom 12. Mart. 1776 vor ſchuldig erkannt worden

Nr. 37. *act.*

Als hierauf Kläger von dieſem Decret an Königl. Hofgericht zu St. appellirt, und in der Rechtfertigung ihrer Appellation vorgeſtellet, wasmaßen ſie den ihnen deferirten Eid ohnmöglich ablegen könnten, wohl aber erbötig wären zu ſchwören, daß ſie nicht anders wüßten, und glaubten, als daß Beklagten ſeine gelieferte Arbeit von ihrem Erblaſſer bezahlt worden, weil 1) ſie eine Quitung wegen eines in der Rechnung geſetzten aber bereits bezahlten ſilbernen Degens produciret, 2) ihr Erblaſſer bereits im Aug. 1754 wegen des ſchuldigen Rückſtandes gegen Beklagten Klage erhoben, und 3) aus dem Alter der Rechnung eine rechtliche

Ver-

Vermuthung der geſchehenen Bezahlung für ſie ſtritte,

Nr. 43. *act.*

iſt vom Königl. Hofgericht unter den 27. Iul. 1776 ein reſcriptum de emendando erfolget,

Nr. 51. *act.*

durch welches der den Klägern deferirte Eid dahin verändert worden, daß ſie ſchwören ſollen, daß ſie nicht anders wiſſen und glauben, als daß die von Beklagtem für ihren Erblaſſer verfertigte Silberarbeit bereits bezahlt worden, von welchem Reſcript Beklagter an Königl. Oberappellationsgericht zu Z. appelliret, und entſteht daher die

Frage:

Ob Beklagter in dieſer Appellationsinſtanz eine Beſtätigung des gedachten reſcripti de emendando zu beſorgen, oder eine rechtliche Abänderung deſſelben zu hoffen habe?

Ob nun wohl 1) Kläger Vorgeben, daß der von Beklagten zum Behuf des demſelben nachgelaſſenen Beweiſes der vorgeſchützten Einrede der Compenſation ihnen deferirte Eid über die Richtigkeit der

Nr. 9. *act.*

befindlichen Rechnung vor irrelevant zu halten, angeſehen es bey der Compenſation nicht darauf ankomme, ob Beklagte ihrem Erblaſſer die in derſelben angegebene Arbeit verfertiget und geliefert, ſondern darauf, ob ihm dieſe Arbeit nicht bereits von demſelben vergütet worden, indem, wenn letzteres würklich geſchehen, dieſe bereits bezahlte Rechnung zu einer weitern Abrechnung nicht gebraucht werden könnte, cum debitum, quod ſublatum eſt, in compenſationem deduci nequeat,

L. 7. §. 1. *L.* 14. *D. de compenſat.*

Hiernächſt 2) dieſelben behaupten, daß die von ihrem Erblaſſer würklich geſchehene Bezahlung der von Beklagtem erhaltenen Gold- und Silberarbeit keinem Zweifel unterworfen, da a) aus der

Nr. 36. *act.*

befindlichen Quitung erhelle, daß ihm der in der Rechnung unter dem

Jahr 1745 zu 19 Rthlr. 48 Gr. angeſetzte ſilberne Degen den 2. May deſſelben Jahrs richtig bezahlt worden, und daher zu vermuthen, daß er auch vor die übrige Arbeit die Bezahlung erhalten, und darüber Quitungen, die nur bisher noch nicht aufgefunden worden, ausgeſtellet, ferner b) ihr Erblaſſer wegen der eingeklagten Summe ſchon unter den 27. Aug. 1754

Nr. 35. *Act.*

gegen Beklagten Klage erhoben, welches nicht hätte geſchehen können, wenn Beklagter vor ſeine vorher gelieferte Arbeit die Bezahlung nicht würklich erhalten, und c) aus dem Alter der gegenſeitigen Rechnung, deren Bezahlung Beklagter ſeit ſo vielen Jahren nicht gefordert, die rechtliche Vermuthung entſtehe, daß ſelbige vorlängſt bezahlt worden,

STRYK *Vſ. mod. Tit. de ſolut.* §. 8.

5 und Kläger daher ſich zwar erbiethen, dieſe behauptete Bezahlung auf Beklagtens Verlangen allenfalls mit einem iuramento credulitatis zu beſtärken, jedoch dafür halten, daß es dieſer Eidesleiſtung nicht einmal bedürfe, und aus dieſen Gründen, daß Beklagter in der gegenwärtigen Appellationsinſtanz eine Beſtätigung des vom Königl. Hofgerichte zu St. ergangenen reſcripti de emendando zu beſorgen habe, es das Anſehen gewinnen möchte;

Dennoch aber und dieweil 1) die von Beklagtem zum Behuf des ihm in dem

Nr. 18. *act.*

befindlichen Erkenntniſſe nachgelaſſenen Beweiſes: "daß er auf die vor „erhaltenes Silber contrahirte Schuld mehr, als die von Klägern ein„geſtandenen 145 Rthlr. baares Geld würklich abgetragen habe," gebrauchte Eidesdelation: "daß er die in der mehrgedachten Rechnung „Stück für Stück aufgeführte Gold- und Silberarbeit für der Kläger „Erblaſſer und deſſen Familie nicht verfertiget und geliefert habe," nach der damaligen Lage der Sache vor irrelevant keinesweges zu achten,
6 anerwogen a) da Beklagter gegen die von Klägern wider ihn auf einen vorgegebenen Rückſtand von 292 Rthlr. angebrachte Klage in ſeiner Exceptionsſchrift die Einrede der vorlängſt geſchehenen Compenſation dieſes angegebenen Rückſtandes aus der derſelben beygefügten Rechnung

von

von gelieferter Gold- und Silberarbeit vorgeſchützet, Kläger in ihren replicis

Nr. 11. *act.*

den Grund der zur Compenſation gebrauchten Gegenforderung, nämlich die Wahrheit und Richtigkeit dieſer Rechnung, ausdrücklich geleugnet, und ſelbſt gebeten, da ihre Forderung durch Beklagtens Geſtändniß liquide ſey, Beklagtem anzubefehlen, innerhalb 14 Tagen ſeine exceptionem compenſationis gehörig liquide zu machen und zu erweiſen, und im Entſtehungsfall ihn damit ad ſeparatum zu verweiſen; Hiernächſt b) der Unterrichter dieſem Suchen gemäß Beklagten zwar zur Bezahlung der eingeſtandenen liquiden Schuld nebſt Zinſen vertheilet, jedoch ihm dabey den von Klägern ſelbſt verlangten Beweis der vorgeſchützten Einrede der Compenſation, nämlich der Wahrheit und Richtigkeit der ſeiner Exceptionsſchrift beygefügten und von Klägern bezweifelten Rechnung, dadurch nachgelaſſen, daß er beweiſen ſolle, auf die vor erhaltenes Silber contrahirte Schuld mehr, als die von Klägern eingeſtandenen 145 Rthlr. würklich abgetragen zu haben, welcher Abtrag natürlich von dem vom Beklagten in der Exceptionsſchrift behaupteten und von Klägern in replicis geleugneten Abtrag durch den Werth der angeblich gelieferten Gold- und Silberarbeit zu verſtehen, cum compenſare ſit ſoluere,

L. 54. *D. de ſolut.*

L. 4. *D. qui potior. in pign.*

mithin c) da Beklagter in Gemäßheit dieſes Urtheils Klägern über die 7
Wahrheit und Richtigkeit der beygebrachten und vorher bezweifelten Rechnung den Eid deferiret, er offenbar zum Beweis des von Klägern in ihren replicis ſelbſt beſtimmten thematis probandi ſich eines zuläſſigen Beweismittels bedienet, und daher nach der Lage der Sache dieſer Eid als unerheblich nicht angeſehen werden mögen;

Daneben aber 2) nach der von Klägern auf ſothane Eidesdelation er- 8
folgten Erklärung es dieſer Eidesdelation allerdings nicht mehr bedarf, indem Kläger ſtatt deſſen, daß ſie vor geſchehener Eideszuſchiebung den Grund der vorgeſchützten Compenſation geleugnet, und deſſen Beweis verlan-

verlanget, nach dieſer Eidesdelation nicht nur in der beym Magiſtrat zu V. dagegen übergebenen Schrift

Nr. 34. *act.*

eingeräumet, "daß es ſeyn könne, daß Beklagter die in der übergebenen „Rechnung ſpecificirte Arbeit verfertiget habe," ſondern auch in der Rechtfertigung ihrer Appellation beym Hofgericht zu St.

Nr. 43. *act.*

frey bekennen: "daß ſie ohnmöglich ſchwören könnten, daß ſie nicht „glaubten, daß Beklagter die Arbeit ſeiner Rechnung nicht verfertiget habe," mithin nunmehro das vorher geleugnete factum, worauf Beklagter ſeine Schutzrede der Compenſation gegründet, zureichend eingeſtanden, und dadurch Beklagter von der Laſt des ihm obliegenden Beweiſes allerdings befreyet worden;

9 Einfolglich 3) nach dem Kläger bey dieſem Geſtändniß des angegebenen Grundes der Einrede der Compenſation, dieſelbe durch eine vorher nicht gebrauchte Replic der bereits von ihrem Erblaſſer geſchehenen Bezahlung der angegebenen Arbeit zu entkräften geſucht, nunmehro blos auf die von Beklagten verneinte Wahrheit dieſer Replic, nämlich daß ihr Erblaſſer die ihm von Beklagten gelieferte Arbeit bereits beſonders bezahlet, es allein ankommt; jedoch, da dieſe vorgegebene Bezahlung facti iſt, die den Rechten nach nicht vermuthet werden mag, Kläger den rechtlichen Beweis, dieſer vorgeſchützten Beezahlung zu führen, ſich nicht entbrechen mögen;

L. vlt. C. de ſolut.

10 Indeſſen 4) Kläger dieſen Beweis durch den Eid, worzu ſie ſich erboten, und der in dem reſcripto de emendando vom Hofgerichte zu St. als ein iuramentum delatum rectificatum approbiret worden, wie recht zu führen nicht vermögend ſind, angeſehen a) ein Eid, den ein Beklagter über das ihm abgeleugnete factum, worauf er eine zerſtörliche Schutzrede gegründet, dem Kläger deferiret, blos auf dieſes ihm im Beweiſe zur Laſt fallende factum eingeſchränkt, keinesweges aber vltra thema probandum auch auf den Beweis der Replic, den der Kläger den Rechten nach zu führen verbunden, ausgedehnet werden mag, mithin der im reſcripto de emendando rectificirte Eid als ein iuramentum

dela-

delatum nicht ſtatt haben kann, auch b) Kläger zu dieſem Eid unter der Eigenſchaft eines iuramenti neceſſarii ſuppletorii nicht zugelaſſen werden mögen, da einestheils die von ihnen zur Begründung der vorgegebenen 11 Bezahlung angeführten Vermuthungen zu ſchwach ſind, als daß ſie einem halben Beweiſe, der wenigſtens zum Erfüllungseid nöthig iſt, gleich zu halten, indem α) die

Nr. 36. *act.*

beygebrachte Quitung an einen Herrn von D. ausgeſtellet worden, und, daß derſelbe einen erhaltenen ſilbernen Degen bezahlet habe, nicht aber, daß dieſer Degen derjenige geweſen, den Beklagter in der Rechnung als einen der Kläger Erblaſſern zu eben der Zeit gelieferten Degen aufgeführet hat, beweiſet; nicht zu gedenken, daß, wenn auch in der Rechnung ein bereits bezahlter Poſten aus Irthum angeführet worden, daraus mit Zuverläſſigkeit die Bezahlung der übrigen Poſten nicht zu ſchließen, ferner β) die von ihrem Erblaſſer wegen des angeblichen Rückſtandes bereits unter dem 24. Aug. 1754 angebrachte Klage

Nr. 35. *act.*

eine bloße Liquidation iſt, die derſelbe im Concurs des Schwiegervaters des Beklagten übergeben, worüber Beklagter im geringſten nicht vernommen worden, und woraus auf eine würkliche Bezahlung der Rechnung um ſo weniger ein gegründeter Schluß zu machen, je weniger ihr Erblaſſer dieſe liquidirte Forderung, der auch damals die Einrede der Compenſation würde entgegen geſetzt worden ſeyn, weiter zu urgiren, vor gut befunden, und γ) die aus dem Alter der Rechnung hergenommene Vermuthung der Bezahlung bey einer behaupteten noch ältern Gegenforderung gar nicht eintreten mag; und anderntheils vor Beklagten weit ſtärkere Vermuthungen ſtreiten, daß er den Werth des erhaltenen Silbers zum Theil durch die nachher im Jahr 1749 gelieferte Arbeit bezahlet, indem α) nicht zu vermuthen, daß jemand, der von einem Goldſchmidt vor altes Silber eine anſehnliche Summe zu fordern hat, demſelben die darauf binnen verſchiedenen Jahren gelieferte gleich anſehnliche Arbeit baar bezahlen, und nicht vielmehr den Preis derſelben vom rückſtändigen Kaufgelde abrechnen ſollte, weil die hierunter eintretende Compenſation ſchon ipſo iure geſchehen,

L. 14. *C. de compenſ.*

auch β) hier mit mehrerm Grunde aus dem Alter des eingeklagten Rückſtandes und der darauf erfolgten Gegenforderung zu ſchließen, daß der Kläger Erblaſſer ſich ſelbſt beſchieden, daß er bereits durch eine Abrechnung bezahlt worden; worzu noch kommt, daß in Rechten überhaupt partes rei fauorabiliores, quam partes actoris,

L. 125. *D. de reg. iur.*

et leges faciliores ſunt ad abſoluendum, quam ad condemnandum,

L. 47. *D. de oblig et act.*

Als gehet unſere rechtliche Meinung dahin:

12 Daß Beklagter eine Beſtätigung des reſcripti de emendando nicht zu beſorgen, ſondern vielmehr die rechtliche Hofnung habe, daß er entweder von der Klage mit Vorbehalt des den Klägern obliegenden Beweiſes der Bezahlung entbunden, oder Klägern zuförderſt der Beweis der vorgegebenen Bezahlung auferleget werde. Von Rechts wegen.

DECI-

DECISIO LXXX.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Qui negat magiſtratum municipii onus aliquod per concluſum totius prouinciae fundatum municipioque pro rata ſua impoſitum inter ciues legitime diſtribuiſſe, ſed potius in ſubcollectatione contra vſum et obſeruantiam arbitrarie proceſſiſſe adſerit; minime in negatiua mera ſeſe fundare, ideoque ab onere probandi liber eſſe dici poteſt; ſed potius tenetur anteriorem, quam neglectam arbitrarie eſſe adſerit, obſeruantiam probare.

II. Vocabulum: Erbe in Ducatu Megapolitano in materia collectarum ab vrbibus praeſtandarum vſurpatum ſolas domus in vrbibus ſitas in dubio denotat etiam deſtitutas fundis, id eſt, agris, et pratis et hortis ad eas pertinentibus.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Supplicantes negant vocabulum: Erbe *ſolam domum denotare; atque concludunt ſupplicatis onus illum ſignificatum probandi incumbere. n. 2.*

Argumenta ſupplicatorum pro ſignificatu vocabuli: Erbe *domum ſolam ponente refutare adgrediuntur. n. 3.*

Se contrarium ſat firmis argumentis ex abundanti ſtabiliuiſſe opinantur. n. 4.

Supplicantes in cauſſa controuerſa fundamentum ſuae implorationis in facto poſitiuo, arbitraria nimirum magiſtratus immutatione anterioris modi ſubcollectandi fundare, hincque ad onus probandi hanc immutationem obligatos eſſe docetur. n. 5.

Refutantur argumenta ſupplicantium. n. 6.

Temere igitur litigaſſe, ideoque in expenſas condemnandi eſſe videntur. n. 7.

Niſi forte, quod nondum terminus probatorius ipſis fuit praefinitus, intra terminum ordinis meliorem, ſalua tamen reprobatione, poſſint ſui adſerti adferre probationem. n. 8.

Urtheil.

Auf Vorbringen und ferneres Einbringen in Sachen der in G. mit Häuſern angeſeſſenen Adelſchaft, Supplicanten an einem, wider Bürgermeiſter und Rath daſelbſt, Supplicaten am andern Theile, in puncto angemaßter Aufhebung des Unterſcheids zwiſchen einem Erbe und Hauſe,

erkennen Wir F. von Gottes Gnaden ꝛc. ꝛc., nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, für Recht:

1 Daß der Supplicanten Suchen nicht ſtatt hat, und Supplicaten daher von der erhobenen Klage zu entbinden, auch Supplicanten die Koſten der Klage nach deren Angabe und Unſerer Ermäßigung den Supplicaten zu erſtatten ſchuldig; es könnten und wollten dann Supplicanten nicht nur, daß nach der wirklichen Verfaſſung in G. zu einem ganzen Erbe auſſer einem vollen Hauſe noch Ländereyen gehören, ſondern auch, wie viel Ländereyen dazu erfordert werden, und was für ein Verhältniß ein volles Haus zu ſelbigen im Contributionsanſchlage habe, binnen Ordnungsfriſt, beſſer, wie geſchehen, mit Vorbehalt des den Supplicaten zuſtehenden Gegenbeweiſes, beyder Theile Eidesdelation und anderer rechtlichen Nothdurft, erweiſen, deſſen genöſſen ſie billig, und ergehet alsdann ſowohl in der Hauptſache, als der Koſten halben, ferner was recht iſt. V. R. w.

Entſcheidungsgründe.

Obwohl Supplicanten zu behaupten ſuchen, daß Supplicaten ſich eine unleidliche Verfaſſungswidrige Willkührlichkeit angemaßet, da ſie den auf dem Landtage zu St. im Jahr 1769 beliebten und auf ein Erbe in Städten auf 14 ßl. geſetzten Beytrag zu der dem Prinzen C. bewilligten Beyhülfe im folgenden Jahr 1770 von einem bloßen vollen Hauſe der Supplicanten, wobey gar keine Ländereyen befindlich, gefordert, und zum Theil erhalten,

2 anerwogen 1) Supplicanten leugneten, daß ein bloßes volles Haus in Städten ohne Ländereyen ein ganzes Erbe ſey, und daher Supplicaten, die ſolches jetzt behaupten wollten, dieſes ihr Vorgeben um ſo mehr, wie recht zu erweiſen verbunden wären, je gewiſſer die Rechtsregel ſey, quod factum negantis per naturam rerum nulla ſit probatio;

L. 23.

L. 23. *C. de probat.*

L. 10. *C. de non numer. pec.*

Daneben 1) Supplicaten dieſen ihnen obliegenden Beweis wie recht
nicht geführet, immaßen a) derſelben Vorgeben, daß in den erſten Hu= 3
fen= und Erben Cataſtris wie die Bauern auf dem Lande zu ganzen hal=
ben und viertheil Hufen, alſo die Bürger in Städten von den Feuer=
ſtellen oder Häuſern zu ganzen halben und viertheil Erben angeſetzt wor=
den, mit nichts erwieſen, ſolches auch daher unwahrſcheinlich ſey, weil
nicht nur die Städte zu der Zeit noch nicht ſo viele Häuſer als Er=
ben gehabt, ſondern auch die Anzahl der Häuſer in Städten bey der
einmal feſtgeſetzten unveränderlichen Anzahl der Erben veränderlich ſey,
ferner b) das gegneriſche Anführen, daß in den

ad Nr. 8. *actor. Nr.* 5.

beygebrachten älteren Steueredicten die Landbede in Städten von Häu=
ſern gefordert worden, keinesweges erhärte, daß ſelbige nicht zugleich auf
darzu gehörige Ländereyen gehaftet, auch c) nichts zur Sache thue,
daß in den

Nr. 8. *actor. pag.* 44. *ſq.*

angeführten älteren Steueredicten die Worte: von einem jeden Erbe
oder Hauſe enthalten, indem dergleichen Ausdruck als ſynecdochiſch
anzuſehen, wo, wie ſonſten auch nicht ungewöhnlich, ein Theil mit
dem Namen des Ganzen belegt worden, und d) der Umſtand, daß
in den

Nr. 8. *actor. pag.* 48.

angeführten neueren Steueredicten die Steuer in Städten von Erben
Halberben und Buden gefordert worden, vom Begriff eines Erbes die
Ländereyen keinesweges ausſchlöſſe, ſondern vielmehr natürlich darun=
ter begreife;

Dahingegen 3) Supplicanten bereits zum Ueberfluß das Gegentheil 4
der gegneriſchen Behauptung, daß nämlich ein bloßes Haus in G. kein
ganzes Erbe ſey, zureichend erwieſen, angeſehen a) bey der im 13ten
Jahrhundert geſchenen Anlegung der Städte die Fürſten den Städten
das darzu gehörige Land unter der Bedingung eingeräumet, daß die

Bürger

Bürger davon ſo viel an Gelde bezahlen ſollten, als die Bauren davon vorher an Getraide gegeben,

Franck, Alt und Neues Mecklenburg, *Lib.* 2. *Cap.* 12. §. 4.

welche Ländereyen unter den Bürgern vertheilet und den Häuſern beygeleget, und mit dem Namen eines Erbe vom Hebräiſchen Worte erebh beleget worden,

Franck *loc. cit. Lib.* 4. *Cap.* 9. *p.* 69.

b) die Bedeutung des Worts: Erbe, daß dadurch nicht blos Häuſer, ſondern auch andere im Diſtrict der Stadt befindliche liegende Gründe zu verſtehen, dem gemeinen Sprachgebrauch in allen Vandaliſchen Städten nach dem Zeugniß

MEVII *ad ius Lubec. Lib.* I. *Tit.* 2. *art.* 5. *n.* 27.

für gemäß zu halten; auch nicht allein c) die aus dem

Iure Mecklenburgico illuſtrato, *Cent.* 2. *Iud.* 84. *pag.* 104.

angeführte Stelle deutlich lehre, daß zu einem Vollerbe die darzu gehörigen Ländereyen mit gehörig, ſondern auch d) aus der

ad Nr. 6. *actor. Lit. E.*

beygebrachten Kaiſerlichen Reſolution vom 23. Mart. 1733, worinn der Erben- oder Hufen-Modus bey den Landſtädten beſtätiget worden, zureichend erhelle, daß ſo wenig ein Haus auf dem Lande eine Hufe, ſo wenig auch ein Haus in der Stadt ein Erbe zu nennen; Ueberdem e) aus der

ad Nr. 6. *actor. Lit. F.*

befindlichen Anlage erhelle, daß die Anzahl der in G. befindlichen Häuſer die Anzahl der Erben, worauf die Stadt cataſtriret worden, um 21 überſteige; ſo wie f) die Steuerbarkeit der zu den Städten gehörigen Ländereyen aus dem

Erbvergleich von 1755 §. 47.

unwiderſprechlich zu erſehen, und nicht nur g) die Städte ſelbſt in ihrem mit der Ritterſchaft beym Reichshofrath geführten Rechtsſtreit im Jahr

1741

1741 den Saz behauptet, daß ein Haus in Städten für kein Erbe zu halten, ſondern auch h) vermöge der

Nr. 14. *actor.*

angeführten Kaiſerlichen Reſolutionen vom 28. Sept. 1724 und vom 23. Mart. 1733 bey den Städten über den Erben-Modum eine Unterſuchung um die wirklich vorhandene ſteuerbare Hufen oder Ländereyen ausfündig zu machen, verfüget und ratione der liegenden Gründe der Städte die gehörige Contributionsproportion reguliret werden ſollen, und in Gemäßheit deſſen i) ſowohl Supplicaten in einem unter dem 15. Ian. 1763 übergebenen unterthänigſten Erachten, als auch k) die Städtiſchen Deputirten im Jahr 1768 vermöge der Anlage

ad Nr. 14. *actor. Nr.* 1.

die Ländereyen zum Erbe zu rechnen für billig gehalten, und endlich l) der Unterſchied zwiſchen einem Hauſe und einem Erbe in gegenwärtiger Rechtsſache durch das an Supplicaten ergangene Reſcript vom 22. Dec. 1772

ad Nr. 3. *actor.*

bereits zureichend beſtätiget worden;

Und aus dieſen Gründen, daß anders, als geſchehen, zu erkennen geweſen, es das Anſehen gewinnen möchte;

Dennoch aber und dieweil 1) es keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß Supplicanten in gegenwärtiger Rechtsſache zur rechtlichen Begründung ihrer Beſchwerde den Beweis des Grundes derſelben gegen Supplicaten zu führen verbunden ſind, anerwogen a) da ſie das factum der Supplicaten von einem bloßen Hauſe die auf ein ganzes Erbe geſezte Steuer zu fordern, eine unleidliche Anmaßung einer Verfaſſungswidrigen Willkührlichkeit nennen, ſie eo ipſo behaupten, daß daſelbſt eine wirkliche Verfaſſung vorhanden, nach welcher in Steuerſachen ein bloßes Haus nur ein Theil eines Erbes ſey, worzu noch gewiſſe Ländereyen gehören, die mit demſelben zuſammen genommen allererſt ein Erbe ausmachen, mithin b) da dieſe behauptete Verfaſſung der Wirklichkeit nach facti iſt, und ſelbige nicht nur von Supplicaten 5

geleug-

geleugnet wird, ſondern auch der bisherigen Obſervanz, welche Supplicaten ſelbſt in Anſehung der Supplicanten

ad Nr. 12. actor. ſub ⊙.

beygebracht, und dieſe nicht bezweifeln mögen, widerſpricht, Supplicanten ſich keinesweges in einer bloßen negatiua facti dubii, ſondern in einer wirklich gemachten Verfaſſung, einfolglich in facto poſitiuo fundiren, und daher dieſe gerühmte Verfaſſung in Anſehung des Verhältniſſes eines Hauſes zu einem Erbe um ſo mehr beweiſen müſſen, je weniger die übrigen Einwohner der Stadt in dieſer Sache ſich über eine Verfaſſungswidrige Willkührlichkeit der Supplicaten zu beſchweren ſich beygeben laſſen;

6 Hiernächſt 2) Supplicanten dieſen ihnen obliegenden Beweis ſo wenig überhaupt, als beſonders in Anſehung der Quantität der zu einem Erbe gehörigen Ländereyen, und des Verhältniſſes eines Hauſes zu denſelben bisher beygebracht, angeſehen quoad a) die angeführte Franckiſche Vermuthung vom Urſprung der Städte und der in ſelbigen befindlichen Erben ſo wenig überhaupt, als beſonders in Anſehung der Stadt G. für einen rechtlichen Beweis zu halten; quoad b) in der gegenwärtigen Rechtsſache es keinesweges auf einen allgemeinen Begriff des Worts Erbe, ſondern blos auf die Frage ankömmt, was durch dieſes Wort für eine beſtimmte Einheit entweder im Steuercataſtro und Steueredicten, wo vom Erben=modo die Rede iſt, überhaupt, oder ſecundum obſeruantiam interpretatiuam an einem gewiſſen Ort verſtanden worden, quoad c) die aus dem

Iure Mecklenburgico illuſtrat. Cent. 2. Iud. 84.

angeführte Stelle nicht von Erben in Mecklenburgiſchen Städten überhaupt, ſondern blos von St. Erben redet, welche nach daſiger beſonderer Verfaſſung aus einem Hauſe und damit unzertrennlich verbundenen Hausäckern beſtehen, dergleichen Hausäcker Supplicanten in G. noch nicht erwieſen haben; quoad d) die Worte der

ad Nr. 6. actor. Lit. E.

beygebrachten Kaiſerlichen Reſolution vom 23. Mart. 1733 wegen des bey Landſtädten fürs erſte beyzubehaltenden Erben= oder Hufen=modi das Vorgeben der Supplicanten um ſo weniger begründen, je weniger ſelbige

begründen, je weniger ſelbige ſich getrauet daraus zu behaupten, daß ein Erbe in Städten eine Hufe ſey, und je natürlicher dieſe Worte von einer zweyfachen Steuer der Städte, welche ſie nämlich entweder als Städte, oder als Beſitzer von Landgütern zu leiſten haben, zu verſtehen, ſo wie auch in den von Supplicaten

ad Nr. 8. *actor. Nr.* 3.

beygebrachten Kaiſerlichen Erkenntniſſen vom 9. Octob. 1725, vom 5. Sept. 1726, vom 24. Mart. 1727, vom 5. Febr. 1728 anſtatt des Erben- oder Hufen-modi des Erben- und Hufen-modi als verſchiedener Steuerarten Erwähnung geſchieht, und in dem Concluſo vom 2. Octob. 1738 die in der Reſolution vom 23. Mart. 1733 vorkommenden Worte durch den Erben- und Hufen-modum ausdrücklich erkläret werden; Ferner quoad e) Supplicanten durch das

ad Nr. actor. Lit. F.

beygebrachte Zeugniß noch nicht erwieſen, daß die in demſelben enthaltene Anzahl der Häuſer in G. lauter ſteuerbare zur Stadt gehörige Häuſer in ſich begreife; quoad f) die durch den

Erbvergleich von 1755 §. 47.

in Anſehung der ordinairen Abgaben in Städten mit Aufhebung des Erben-modi und Einführung der Accis quoad futurum beſtimmte Steuerbarkeit der Ländereyen auf keine Weiſe erhärten mag, daß dieſe Ländereyen auch in dem aufgehobenen Erben-modo als im Haupt-modo verſteuert worden; quoad g) die vormalige Behauptung der Städte in ihrem gegen die Ritterſchaft beym Reichshofrath geführten Rechtsſtreit gegen Supplicaten ſo wenig einen Beweis bewirken mag, als Supplicanten die gegenſeitige Behauptung der Ritterſchaft gegen ſich als einen Beweis zulaſſen wollen; weniger nicht quoad h) die

Nr. 14. *actor.*

angeführten Kaiſerlichen Reſolutiones vom 28. Sept. 1724 und vom 23. Mart. 1733 wegen einer über den Erben-modum in Städten zu verfügenden Unterſuchung, zwar beweiſen, daß der alte in Städten übliche Erben modus nach den darüber geführten Beſchwerden nicht für billig und Verhältnißmäßig zu achten, ſondern, ſo wie es bey dem Hufen-modo auf dem Lande geſchehen, einer Verbeſſerung bedürfe, allein dem Satz

der

der Supplicanten, daß ſchon nach dem alten Erben modo ein Erbe in einer Stadt nicht aus einem bloßen Hauſe beſtehen könne, um ſo mehr widerſtreiten, je weniger ſonſten eine Verbeſſerung dieſes alten modi würde haben für nöthig erachtet werden können; gleichergeſtalt quoad i) das angeführte unterthänigſte Erachten der Supplicaten vom 15. Iun. 1763, wie auch quoad k) der

ad Nr. 14. *actor. Nr.* 1.

beygebrachte Vorſchlag der Städtiſchen Deputirten zwar auf eine billige Verbeſſerung und Verhältnißmäßigere Einrichtung des alten Erben=modi gehen, allein die Behauptung der Supplicanten wegen der Beſchaffenheit eines Erbes nach dem alten Erben=modo keinesweges begründen, und Supplicanten ſich nicht in der Verbindlichkeit der Supplicaten mit ihnen eine billige Verbeſſerung des alten Erben=modi vorzunehmen, ſondern in einer der bisherigen üblichen Verfaſſung widerſtreitenden Willkührlichkeit fundiren; Und endlich quoad l) das an Supplicaten erlaſſene Reſcript vom 22. Dec. 1772

ad Nr. 3. *actor.*

ein bloßes Decret iſt, worinn ſie mit Verwerfung der vorgeſchützten praeſcriptionis fori zur Einlaſſung angewieſen worden, dergleichen Decret per naturam rei die Hauptſache auf keine Weiſe entſcheiden mag;

Hingegen 3) Supplicaten ihre Behauptung, daß im alten Erben=modo nach den Steueredicten ein volles Haus für ein ganzes Erbe zu halten, durch die beygebrachten Urkunden zur Nothdurft erwieſen, immaßen a) die Landbeede, welche vermöge des Reichshofraths=Concluſi vom 28. Sept. 1724

ad Nr. 8. *actor. Nr.* 3. *lit. i.*

die alte Hufen= und Erbenſteuer iſt, nach den Worten der

ad Nr. 8. *actor. Nr.* 5.

beygebrachten Steueredicte vom 28. Iun. 1621, vom 10. Sept. 1626, vom 22. Iul. 1626, vom 9. Iul. 1727, in Städten blos von Häuſern und Buden gefordert wird, woraus, daß dieſe allein unter dem Erbe zu verſtehen, nicht nur natürlich ſo lange, bis das Gegentheil bewieſen worden,

den, zu vermuthen, ſondern auch noch mehr daher erhellet, daß im Steueredict vom 3. Dec. 1626

ad Nr. 8. actor. Nr. 5. lit. ζ.

die Steuer von Häuſern als von einem vollen Erbe ꝛc. gefordert, und im Steueredict vom 23. Nov. 1634

ad Nr. 8. actor. Nr. 5. lit. ε.

die Beſtimmung hinzugeſetzt wird, daß ſolches nur von bewohnten Häuſern zu verſtehen; auch b) in Gemäßheit deſſen in den Steueredicten vom 27. Ian. 1628

ad Nr. 8. actor. Nr. 5. lit. δ.

vom 19. May 1628, vom 15. Ian. 1629

ad Nr. 8. actor. Nr. 4. lit. α. β.

und vom 3. Sept. 1628

ad Nr. 8. actor. Nr. 2.

die Worte Haus oder Erbe ſynonymice gebraucht, und die Steuer von einem Hauſe oder Erbe gefordert worden, woraus, daß nach dem Sinn dieſer Edicte ein bloßes Haus für ein Erbe zu halten, ſo lange zu ſchließen, bis die vom Gegentheil behauptete ſynecdoche bewieſen worden; und c) auf gleiche Weiſe in den

ad Nr. 8. actor. nr. 4. lit. γ. ſqq. et Nr. 6. lit. α-κ.

beygebrachten neueren Steueredicten vom 17. Sept. 1721 und folgenden Jahren die Steuer beſtändig auf Erben, Halberben und Buden oder Viertheilhäuſer geſetzt, auch in den Contributionsregiſter vom 30. Nov. 1736

ad Nr. 8. actor. Nr. 6. lit. γ.

der wüſten Erben Erwähnung geſchehen, welcher Ausdruck blos von einem Hauſe, und nicht von Ländereyen verſtanden werden mag;

7 Dannenhero 4) Supplicanten, da ſie zur Begründung ihres Vorgebens von einer Anmaßung einer Verfaſſungswidrigen Willkührlichkeit der Supplicaten nichts erhebliches anzuführen vermocht, mit der Erſtattung der Unkoſten nicht verſchonet werden mögen;

Indeſſen 5) da ihnen noch kein peremtoriſcher Beweistermin geſetzet worden, ſie, wenn ſie in Ruhe zu ſtehen nicht geſonnen ſind, mit einem beſſeren Beweiſe noch billig gehöret werden müſſen;

Als ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, zu erkennen bewogen worden.

DECISIO LXXXI.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Eſt via legitima coërcendae contumaciae eius, qui in expenſis proceſſus executiui temere inſtituti, in quas eſt condemnatus ſaluo ordinario inſtituendo, moras nectit, ſi praefixo ſolutionis termino additur praeiudicium amittendi ordinarii.

II. Contumacia vera ſeu dolo admiſſa beneficio reſtitutionis in integrum indignum reddit contumacem.

III. At contumacia procuratoris, ad quam principalis dolo non concurrit, efficit, vt reſtitutio in integrum ex generali Praetoris clauſula merito principali concedatur.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Contumacia in non ſoluendis expenſis, in quas condemnati erant actores, ex actis probatur. n. 2

Neque per renunciationem procuratoris eiusque petitam dilationem pro ſuis principalibus ſublata dici poteſt. n. 3.

Comminatio de amittendo iure agendi in caſu non refuſarum expenſarum debitarum iuri conueniens eſt. n. 4. et n. 7.

Contumacia doloſa excludit beneficium reſtitutionis in integrum. n. 5. et n. 8.

An reſtitutio in integrum conceſſa contra poenam contumaciae etiam obligationem ſoluendarum expenſarum contumaciae tollat, quaeritur et negatur. n. 6. et n. 12.

Contumacia in dato caſu dolo procuratoris admiſſa paret. n. 9.

Hincque non excludit beneficium reſtitutionis actorum contra amiſſum ius inſtituendi proceſſum ordinarium. n. 10.

Idque eo magis conceditur ſuadente aequitate, quo certius eſt magnum fore damnum ex parte actorum, ſi a iuſta actione magni momenti excluderentur, leue contra ea incommodum reae, ſi actio proceſſu ordinario ventilanda fundamento deſtituta reperiretur. n. 11.

Urtheil.

Auf Leuterungsſchrift und erfolgte Geſätze in Sachen Catharinen Margarethen B. verwittwete Z., Beklagtin an einem, entgegen die von dem verſtorbenen Juden Hirſch Berend W. nachgelaſſene Söhne und Erben, Barnit, Abraham und Michael Gebrüder W., Kläger am anderen Theile,

erkennen ꝛc. ꝛc. zur Fürſtlich Q. Stiftsregierung verordnete Räthe und Aſſeſſor, nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, für Recht:

1 Daß es, eingewandter Leuterung ohngeachtet bey dem den 9. Jul. 1776 eröffneten und fol. 471. actor. Vol. I. befindlichen Urtheil billig verbleibet, und, da in demſelben das vorige den 5. Sept. eröffnete, fol. 366. actor. Vol. I. befindliche Urtheil blos in Anſehung der beſtätigten Strafe des Verluſtes des proceſſus ordinarii, nicht aber in Anſehung der Contumacialkoſten abgeändert worden, es keiner Erklärung deſſelben bedarf. V. R. w.

Entſcheidungsgründe.

Obwohl A) Beklagte durch das den 9. Jul. 1776 eröffnete

fol. 471. *actor. Vol. I.*

befindliche Urtheil darinn beſchwert zu ſeyn behauptet, daß vermöge deſſelben Klägern der proceſſus ordinarius, deſſen ſie wegen ihres beharrlichen Ungehorſams nicht nur durch den den 13. Sept. 1774 eröffneten

fol. 304 *b. actor. Vol. I.*

befindlichen Beſcheid, ſondern auch durch das darauf erfolgte den 5. Sept. 1775. eröffnete

fol. 366. *actor. Vol. I.*

befindliche Urtheil für verluſtig erkläret worden, ausdrücklich vorbehalten, auch allenfalls die geſuchte Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ertheilet worden,

2 anerwogen 1) der Ungehorſam, den Kläger in Anſehung der ihnen bey Strafe des Verluſtes des proceſſus ordinarii zu bezahlen auferlegten Unkoſten wirklich begangen, aus den Acten unwiderſprechlich erhelle,

indem a) nachdem Kläger ſchon durch ein Mandat vom May 1773

fol. 264. *actor. Vol. I.*

ferner durch ein Mandat vom 10. Iun. 1773 bey Vermeidung der Hülfe

fol. 267. *actor. Nr. I.*

und hierauf durch ein Mandat vom 29. Iun. 1773 bey Verluſt ihrer Forderung

fol. 269. *actor. Vol. I.*

die Bezahlung der den Beklagten zuerkannten gerichtlich gemäßigten Koſten auferleget, endlich durch den den 11. Nov. 1773 eröffneten

fol. 286 *b. actor. Vol. I.*

befindlichen Beſcheid ihnen die Bezahlung dieſer Koſten binnen 4 Wochen bey ohnfehlbarem Verluſt des nachgelaſſenen ordinarii anbefohlen worden,

und b) obgleich dieſer Beſcheid durch die per decretum vom 3. Februar 1774

fol. 291. *actor. Vol. I.*

geſchehene Verwerfung der dagegen eingewandten zwenten Leuterung die Rechtskraft erhalten, dennoch Kläger binnen der von der Rechtskraft anzurechnenden vierwöchentlichen Friſt die Unkoſten keinesweges bezahlet, ſondern Beklagte endlich unter dem 24. Mart. 1774

fol. 294. *actor. Vol. I.*

desfalls eine Ungehorſamsbeſchuldigung übergeben müſſen, worauf durch ein Decret vom 12. Apr. 1774

fol. 294. *actor. Vol. I.*

der 3. May 1774 zum Verfahren angeſetzt, und durch den darauf erfolgten Beſcheid vom 13. Sept. 1774

fol. 304 *b. actor. Vol. I.*

Kläger wegen ihres beharrlichen Ungehorſams des proceſſus ordinarii mit Recht für verluſtig erkläret worden,

und c) wenn gleich von Seiten der Kläger zur Entſchuldigung des begangenen Ungehorſams angeführet wird, daß ihr Anwald unter dem 3

5. Mart.

5. Mart. 1774 dem patrocinio gerichtlich renunciiret, und ſeinen Principalen eine vierwöchentliche Friſt ausgebeten,

fol. 293. *actor. Vol. I.*

dieſe Entſchuldigung dennoch keine rechtliche Aufmerſamkeit verdienen dürfte, da einestheils die Aufſagung des patrocinii widerrechtlich und zur Gefährde der Beklagten geſchehen, anderntheils demſelben die geſuchte vierwöchentliche Friſt keinesweges verſtattet worden, nicht zu gedenken, daß, wenn ſelbige auch als zugeſtanden angeſehen werden möchte, dennoch der Kläger Anwald allererſt den 9. Apr. 1774

fol. 296. *actor. Vol. I.*

folglich, nachdem auch dieſe Friſt, der darinn fallenden Feyertage ohngeachtet, ſchon verſtrichen geweſen,

L. 3. *C. de dilat.*

eine von Gerichts wegen nicht angenommene abſchlägliche Bezahlung von 10 Rthlr. angeboten;

4 Daneben 2) es keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß bey einem ſo beharrlichen Ungehorſam Klägern die Bezahlung endlich bey Verluſt ihrer Forderung auferleget werden mögen, indem nicht nur dieſe Strafe der Verordnung gemeiner Rechte vollkommen gemäß ſey,

L. 53. *pr. D. de re iud.*

L. 15. *C. de iudic.*

LEYSER *ſpec.* 83. *med.* 1.

ſondern auch überhaupt die Strafe des Ungehorſams nicht nach der Größe des Objects, ſondern nach der Größe des bezeigten Eigenſinnes und der bewieſenen Bosheit zu beſtimmen, und je geringer das Object geweſen, deſto leichter der Ungehorſame die angedeutete Strafe vermeiden können,

L. 23. §. 3. *D. de appellat.*

Auch 3) bey dieſen Umſtänden der Sache Klägern die gegen den durch ihre Schuld ſich muthwillig zugezogenen Verluſt ihrer Forderung geſuchte Wiedereinſetzung in den vorigen Stand keinesweges ertheilet werden mögen,

angeſehen a) ein vorſetzlicher Ungehorſam bekannten Rechten nach 5
überhaupt die Rechtswohlthat der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ausſchließt,

arg. L. 9. §. 2. 5., *L.* 37. §. 1. *D. de minor. L.* 1. *C. ſi aduerſ. delict.*

WERNHER *Part.* 10. *obſeruat.* 374.

und daher ſolches auch vom gegenwärtigen Fall, wo Kläger durch ihren Ungehorſam ſich ihres Rechts des proceſſus ordinarii verluſtig gemacht, beſonders zu behaupten,

LEYSER *ſpec.* 83. *med.* 2.

ferner b) der den 11. Nov. 1773 eröffnete rechtskräftige Beſcheid

fol. 286 *b. actor. Vol. I.*

nicht, wie Kläger vorgeben, für ein bloßes Beyurtheil, ſondern für ein wirkliches Endurtheil zu halten, woraus der Beklagten ein ius quaeſitum erwachſen, und gegen deſſen Inhalt Kläger um ſo weniger in den Stand geſetzt werden möchten, je weniger

c) ſie rechtliche Urſachen dieſer Wiedereinſetzung beygebracht, da dasjenige, was von der von ihrem Anwalde geſchehenen Renunciation des patrocinii angeführet worden, eine Gefährde in ſich enthält, welche denſelben auf keine Weiſe zu ſtatten kommen möchte;

Hiernächſt B) Kläger zu behaupten ſuchen, daß, da durch das den 6
9. Iul. 1776 eröffnete

fol. 471. *actor. Vol. I.*

befindliche Urtheil die vorhergehenden Erkenntniſſe vom 5. Sept. 1775

fol. 366. *actor. Vol. I.*

und vom 13. Sept. 1774

fol. 304 *b. actor. Vol. I.*

in Anſehung des Hauptpuncts, nämlich des erkannten Verluſtes des proceſſus ordinarii, aufgehoben worden, auch ſelbige in Anſehung der der Beklagten zuerkannten Koſten um ſo mehr für aufgehoben zu halten, da derſelben in dem letzteren Erkenntniß namentlich allein die Koſten der

Oberleuterung als Koſten der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, zuerkannt worden;

Und aus dieſen Gründen, daß anders, als geſchehen, zu erkennen geweſen, es das Anſehen gewinnen möchte;

Dennoch aber und dieweil A) was die Hauptſache anbetrifft, wenn gleich der Kläger Anwald in gebührender Bezahlung der denſelben bey Verluſt des nachgelaſſenen proceſſus ordinarii auferlegten Koſten, einen wirklichen beharrlichen Ungehorſam begangen, der durch die vorgeſchützte Aufſagung des patrocinii und dabey gebetene Friſt auf keine Weiſe ent-
7 ſchuldiget werden mag, auch keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß beſonders nach vorher vergebens verſuchten gelinderen Strafen Klägern die Bezahlung der Koſten bey ohnfehlbarem Verluſt des nachgelaſſenen proceſſus ordinarii gar wohl anbefohlen werden mögen, und
8 es daher ſeine Richtigkeit hat, daß, wenn Kläger dieſen Ungehorſam perſönlich ſelbſt begangen hätten, ſie deswegen den Rechten nach aller Rechtswohlthaten, mithin auch der geſuchten Wiedereinſetzung in den vorigen Stand für unwürdig zu halten; cum contumax ob dolum omni iuris beneficio et auxilio indignus habeatur;

MEVIUS *Part.* 5. *dec.* 224. *n.* 8.

WERNHER *Part.* 10. *obſ.* 374.

9 Dennoch im gegenwärtigen Fall 1) dieſer Ungehorſam nicht von Klägern ſelbſt, ſondern blos von ihrem Anwalde begangen worden, und dagegen die von der Beklagtin vorgeſchützte Einrede, daß die Bezahlung der Koſten den Klägern, und nicht blos ihrem Anwalde anbefohlen worden, um ſo weniger attendiret werden mag, je weniger aus den Acten, daß dieſe Befehle zur wirklichen Wiſſenſchaft der Kläger gekommen, zu erſehen, der Ungehorſam eines Anwaldes aber, der ohne Wiſſen und Willen des Principalen begangen worden, dem Principalen den Rechten nach nicht ſo gleich zur Strafe zugerechnet werden darf,

L. un. §. 2. D. ſi quis ius dicenti non obtemp.

cum ita demum noceat contumacia procuratoris domino, ſi ipſemet ſciuit et neglexit,

MEVIUS *Part.* 5. *dec.* 179. *n.* 9.

beſon-

beſonders wenn die Strafe des Ungehorſams in dem Verluſt der ganzen Sache beſteht, cum in cauſſa contumaciae leniter et caute procedendum ſit;

CARPZOV *lib.* 3. *reſponſ.* 28. *n.* 3.

Und 2) wenn auch nach der Strenge des Rechts den Klägern der von 10
ihrem Anwalde begangene Ungehorſam ſchaden möchte, dennoch ſelbige gegen den dadurch erfolgten Verluſt ihrer Forderung ex generali Praetoris clauſula ohnſtreitig in integrum zu reſtituiren,

inmaßen a) dieſe Wiedereinſetzung in den vorigen Stand nicht allein überhaupt durch ein factum eines Dritten, wodurch man ohne ſeine Schuld in Schaden geſetzt worden, begründet wird,

L. 3. §. 1. *D. de eo per quem fact.*

ſondern auch beſonders in dem Fall zu ertheilen, wo die Läſion aus dem facto eines Anwaldes entſteht, ohne daß der laeſus erſt einen weitläuftigen Regreß gegen den Anwald zu nehmen angehalten werden darf,

L. 26. §. 9. *D. ex quib. cauſſ. maior.*

L. 3., *L.* 5. *C. ſi tutor. vel curat. interuen.*

MEVIUS *Part.* 7. *dec.* 286.

BOEHMER *de act. Sect.* 2. *cap.* 8. §. 129. *lit. h.*

und daher auch billig wegen eines vom Anwalde begangenen Ungehorſams ertheilet werden muß; facilis iudex eſſe debet ad concedendam a contumacia purgationem vel in integrum reſtitutionem, ne alicui ob litigiorum ſubtilem et curioſam obſeruantiam iniuria fiat;

MEVIUS *Part.* 5. *dec.* 5. *n.* 6.

zumalen b) wenn, wie im gegenwärtigen Fall, da die behauptete 11
Forderung der Kläger allein an Capital 2500 Rthlr. beträgt, die Sache von einer beſondern Wichtigkeit iſt, cum in arduis cauſſis facilius ſubueniendum, nec apicibus iuris inhaerendum ſit;

BOEHMER *Diſſert. de cauſſ. arduis et maior. Cap.* 2. §. 25.

auch c) der Schaden, den Beklagtin bey einer Wiedereinſetzung in den vorigen Stand der Kläger aus einer etwa ungegründeten Klage derſelben zu beſorgen, mit dem Schaden, den Kläger wenn ihre Forderung gegründet ſeyn ſollte, durch einen gänzlichen Verluſt derſelben leiden würden

den in keine Vergleichung kommen mag, mithin Beklagtin, wenn ſie eine gute Sache und nicht die Abſicht hat, ſich mit dem Schaden der Kläger zu bereichern, um ſo weniger Urſache hat, ſich der den Klägern ertheilten Befreyung von der harten Strafe des Ungehorſams ihres Anwaldes zu widerſetzen, und bey dieſen Gründen der Billigkeit nothwendig die bekannte Rechtsregel eintritt, etſi nihil facile mutandum eſt ex ſolemnibus, tamen vbi aequitas euidens poſcit, ſubueniendum eſt;

L. 7. pr. D. de in integr. reſtit.

L. 183. D. de reg. iur.

12 Hiernächſt B) der von Klägern wegen der der Beklagtin in den vorhergehenden Erkenntniſſen zuerkannten Koſten gemachte Zweifel von keiner Erheblichkeit, und keinem gegründeten Zweifel es unterworfen iſt, daß Beklagtin nach dem Sinn des den 9. Iul. 1776 eröffneten Erkenntniſſes nicht nur die Erſtattung der Koſten der Oberleuterung, worinn Kläger vom Verluſt ihrer Forderung befreyet worden, ſondern auch die Erſtattung der in den vorhergehenden Erkenntniſſen vom 13. Sept. 1774 und vom 5. Sept. 1775 zuerkannten Koſten zu fordern für befugt zu halten, da einestheils das letzte Erkenntniß die vorhergehenden ausdrücklich blos in Anſehung des Puncts des erkannten Verluſtes der Forderung aufgehoben, und mit keinem Worte der Aufhebung der Koſten Erwähnung gethan, einfolglich in Anſehung des Puncts der Koſten die vorhergehenden Erkenntniſſe beſtätiget, cum quod non mutatur ſtare non prohibeatur,

L. 27. C. de teſtament.

anderntheils dieſe Koſten der Beklagtin um ſo weniger aberkannt werden mögen, je mehr ſelbe als expenſae contumaciae anzuſehen, welche Kläger, wenn ſie auch bereits in den vorhergehenden Erkenntniſſen mit dem Verluſt ihrer Forderung verſchonet worden, der Beklagtin zu bezahlen vertheilet werden müſſen;

Als ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, zu erkennen bewogen worden.

CON-

CONSILIVM LXXXII.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Si cui receptio pecuniarum ſuperioris erat credita, hoc munere priuatur; non impoſita ipſi intelligitur obligatio notum faciendi inferioribus ſeſe hoc munere eſſe deſtitutum; et ſi quid damni ex omiſſa tali indicatione oritur, eius praeſtatio ab eo, qui munere eſt deſtitutus, iure exigi nequit.

II. Fideiuſſor, qui pro Tertio officio cuidam admouendo intercesſit, non obligatus eſt ex hac fideiuſſione, ſi Tertius ab hoc officio ad aliud quoduis transfertur; ideoque omiſſio indicationis mortis eiusmodi fideiuſſoris nemini fraudi eſſe poteſt.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio iuris inde formata. n. 2.
Damnum negligentia tertio illatum a negligente eſt reſarciendum. n. 3.
In dato caſu Sempronius ex duplice capite ſua negligentia damnum dediſſe videtur ſuperiori ſuo. n. 4.
Sed ceſſat imputatio negligentia ex primo capite, quod nemo ab officio recipiendarum pecuniarum dimiſſus iure dici poteſt obligatus ad id aliis indicandum. n. 5.
Neque locum habet ex altero capite omiſſae indicationis mortis fideiuſſoris, qui pro defraudatore interceſſerat, quod inter alia excuſationis argumenta fideiuſſio iam translatione eius ad aliud, quam pro quo fideiuſſor datus erat, munus exſpiraucrat. n. 6.
Deciſio quaeſtionis propoſitae. n. 7.

Als uns nachſtehende Geſchichtserzählung nebſt angehängter Rechtsfrage zugeſendet, und wir darüber unſer in Rechten gegründetes Gutachten zu ertheilen gebeten worden;

Demnach erachten wir nach fleißiger derſelben Verleſung und gemeinſchaftlich gepflogener Erwegung den Rechten gemäß zu ſeyn:

1 Iſt Titius, aus der Reichsſtadt A. gebürtig, vom weyland regierenden Fürſten von Thurn und Taxis Carl Alexander im Jahr 1765 zum Poſtwagens-Conducteur gegen einen durch Caium, einen Bürger dieſer Reichsſtadt A., als Bürgen beſtellten Vorſtand von 1000 Rthlr. angenommen, und hierauf im Jahr 1768 bey dem Poſtcommiſſariat in der Reichsſtadt A. zum Abſchreiben, Extrahiren der Charten und Aushülfe im Revidiren der Rechnungen auf ſeine vorhin geleiſtete Pflicht mit der Bedingung angeſtellet worden, daß derſelbe in Ermangelung eines Conducteurs jedesmal nahe Reiſen nach G. und H. verrichten ſolle, welche Pflicht derſelbe auch beym Antritt der Regierung des jezt regierenden Fürſten Carl Anſelm unter dem 13. Apr. 1773 erneuert.

Iſt unterdeſſen dem Poſtcommiſſario Sempronio unter dem 26. Apr. 1772 die Caſſe abgenommen, und befohlen worden, daß von den dem Poſtcommiſſariat der Reichsſtadt A. incorporirten Poſtämtern künftig die Rechnungen mit dem Betrag an das Oberpoſtamt daſelbſt einzuſchicken, auch hierauf Caius der Bürge des Titii etwa um Michaelis 1773 mit Tode abgegangen, und deſſen nachgelaſſene Wittwe und Erbin in Anſehung der von ihm übernommenen Caution nicht mehr ſoluendo geweſen, ohne daß der Poſtcommiſſarius Sempronius wegen einer anderen von Titio zu beſtellenden Caution den mindeſten Bedacht genommen.

Nachdem hiernächſt Titius einen unter der Addreſſe des Poſtcommiſſarii Sempronii unter dem 9. Dec. 1773 von der Reſidenzſtadt B. abgegangenen Saldo mit der Berechnung vom zweyten Quartal, wie auch einen unter gleicher Addreſſe den 31. Ian. 1774 von der Reichsſtadt C. abgegangenen Saldo ſammt der Berechnung vom vierten Quartal zuſammen

ſammen auf 1040 Fl. ſich belaufend, unter dem Vorwand, ſolche ſeinem Herrn dem Sempronio einzuhändigen, aufgefangen, erbrochen, entwendet, und in das Lottoſpiel verſchwendet; hat derſelbe ſich in der Nacht vom 6. auf den 7. Apr. 1774 auf flüchtigen Fuß geſetzet.

Da nun Sempronio hiebey zur Laſt geleget werden will, 1) daß er Titium, nachdem deſſen Bürge Caius ein halbes Jahr vorher mit Tode abgegangen, nicht zu einer tüchtigern Cautionsleiſtung angehalten, und 2) daß er nicht, nachdem ihm die Caſſe abgenommen worden, den deſſen Commiſſariat incorporirten Poſtämtern davon Nachricht ertheilet, und ſelbige angewieſen, künftig die Rechnungen mit dem Betrag an das Oberpoſtamt der Reichſtadt A. einzuſchicken; Und Sempronius dagegen vorſchützet, quoad 1) daß er von dem Tode des Bürgen Caii, ehe man von ihm die Schadloshaltung ſuchen wollen, nichts gewußt, auch ſich darum zu bekümmern keine Urſache gehabt, da Titius von ſeinem eine Caution erfordernden Conducteurspoſten abgekommen, und bey ſeinem Dienſt keine Gelder unter Händen gehabt; und quoad 2) daß nicht ihm, ſondern der Herrſchaft obgelegen, von der geſchehenen Abnahme der Caſſe die incorporirten Poſtämter zu benachrichtigen, und denſelben Befehl zu ertheilen, künftig die Gelder an das Oberpoſtamt einzuſchicken; ſo entſteht die

Frage:

Ob angezogene dem Poſtcommiſſario Sempronio zur Laſt gelegte 2
Umſtände hinreichend ſeyen, demſelben die Erſetzung der vom Scribenten Titio veruntraueten 1040 Fl. mit Recht aufzubürden, oder ob ſolche durch die vom Poſtcommiſſario Sempronio angebrachten Entſchuldigungen hinlänglich entkräftet, und folglich der Poſtcommiſſarius Sempronius mit Erſetzung dieſes Schadens zu verſchonen?

Ob nun wohl die angeführten Umſtände von der Beſchaffenheit ſind, 3
daß es das Anſehen haben möchte, daß der Poſtcommiſſarius Sempronius durch eine begangene Nachläſſigkeit zu dem der herrſchaftlichen Caſſe durch die angeführte Veruntrauung des Scribenten Titii zugefügten

Scha-

Schaden von 1040 Fl. Gelegenheit gegeben, und aus dieſem Grunde zur Erſetzung deſſelben für verbunden zu halten,

4 anerwogen 1) derſelbe die geſchehene Veruntrauung auf eine zweyfache Weiſe hätte verhüten können, indem a) dieſelbe gewiß würde verhindert worden ſeyn, wenn Sempronius, nachdem unter dem 26. Apr. 1772 die Caſſe abgenommen und befohlen worden, daß die ſeinem Poſtcommiſſariat incorporirten Poſtämter künftig die Rechnungen mit dem Betrag an das Oberpoſtamt daſelbſt einſchicken ſollen, dieſe geſchehene Abnahme der Caſſe den incorporirten Poſtämtern ſofort gemeldet, und ſelbige, die Rechnungen mit dem Betrag nicht weiter an ihn, ſondern an das Oberpoſtamt einzuſchicken, angewieſen hätte, auch b) Sempronius um ſo weniger hätte geſchehen laſſen ſollen, daß Titius dieſe an jenen addreſſirten Gelder zu ſich genommen, je weniger Titio durch deſſelben Annehmung zum Scribenten die Befugniß, beſchwerte Pakete abzuholen und zu beſtellen, ertheilet worden;

Hiernächſt 2) auch Sempronius die nöthige Sicherheit der herrſchaftlichen Caſſe gegen eine ſolche Veruntrauung hätte beſorgen können, wenn er das Abſterben des von Titio beſtellten Bürgen Caii ſofort höheren Orts gemeldet, und die Beſtellung eines anderweitigen ſicheren Vorſtandes geſucht hätte;

Einfolglich, da er ſolches zu thun unterlaſſen, die herrſchaftliche Caſſe aus ſeinem Vermögen ſchadlos zu halten, ſich nicht entbrechen möchte;

Dennoch aber und dieweil Sempronius zu dem der herrſchaftlichen Caſſe durch die angeführte Defraudation des Scribenten Titii zugefügten Schaden von 1040 Fl. durch eine ihm zur Laſt fallende Schuld im gegenwärtigen Fall keine Gelegenheit gegeben,

5 angeſehen 1) dasjenige, was ihm in Anſehung der Veranlaſſung dieſer Veruntrauung zur Laſt geleget werden will, den Rechten nach ihm eine Verantwortung nicht zuziehen mag, da quoad a) die den 26. April 1772 bey ihm geſchehene Abnahme der Caſſe ihn zwar verbunden, keine herrſchaftliche Gelder mehr anzunehmen, allein auch

dieſe

dieſe ihm nicht zur Ehre gereichende Abnahme der Caſſe den unter ihm ſtehenden Poſtämtern ſelbſt zu melden, und ſelbige forthin den Betrag nicht ferner an ihn ſondern an das Oberpoſtamt einzuſenden, anzuweiſen, ihn um ſo weniger verbinden mögen, je weniger es einem gegründeten Zweifel unterworfen ſeyn mag, daß dieſes von ſeinen Oberen, die ihm die Caſſe abgenommen, natürlich verfüget werden müſſen, mithin die durch Unterlaſſung dieſer Verfügung zu der von Titio begangenen Veruntrauung der an Sempronium addreſſirten herrſchaftlichen Gelder gegebene Gelegenheit nicht Sempronio, ſondern allein deſſen Obern zur Laſt geleget werden muß; auch quoad b) daß Titius die angegebenen Gelder zu ſich genommen, Sempronio auf keine Weiſe zur Laſt gelegt werden mag, indem α) Sempronius ihm dieſelben nicht zugeſtellet, ſondern Titius ſelbige gegen andere unter dem Vorwand, ſie Sempronio zuzuſtellen, zu ſich genommen, ferner β) Titius auch vermöge der vor einigen Jahren eingeſchickten und von der Herrſchaft genehmigten Pflichtserneurung beſchwerte Packete anzunehmen und zu beſorgen nicht unfähig geweſen, auch γ) Sempronius ohne einige Verantwortung die Beſorgung der an ihn addreſſirten herrſchaftlichen Gelder Anderen um ſo mehr überlaſſen können, da ſolches mit ſtillſchweigender Einwilligung des Oberpoſtamts bereits vom 26. April 1772 bis zum angegebenen Vorfall binnen einer Zeit von 1 Jahr und 8 Monaten geſchehen;

Hiernächſt 2) was Sempronio wegen der nicht beſorgten Sicherheit der herrſchaftlichen Caſſe nach Abſterben des von Titio beſtellten Bürgen Caii zur Laſt geleget werden will, daher ſeine Erledigung erhält, a) daß Sempronius von dem Abſterben dieſes Bürgen nichts gewußt, b) daß Sempronius, wenn er auch den Tod des Bürgen vorher erfahren hätte, dennoch deſſen Erbin, auf welche die übernommene Bürgſchaft gegangen, für nicht weniger tüchtig als ihren Erblaſſer zu halten Urſache gehabt, und c) daß die von Caio für Titium übernommene Bürgſchaft bloß deſſelben als eines beſtellten Poſtconducteurs übernommene Pflicht betroffen, mithin nach der bekannten Regel fideiuſſionem eſſe ſtrictiſſimae interpretationis,

L. 99. pr. D. de verb. oblig.

LEYSER *ſpec.* 534. *med.* 1. 2.

auf den gegenwärtigen Fall mit Beſtande nicht gezogen werden mag;

Als ſind wir der rechtlichen Meinung:

Daß die dem Poſtcommiſſario Sempronio zur Laſt gelegten Umſtände nicht hinreichend, demſelben die Erſetzung der vom Scribenten Titio veruntraueten 1040 Fl. mit Recht aufzubürden, ſondern ſolche vielmehr durch die vom Poſtcommiſſario Sempronio angebrachten Entſchuldigungen hinlänglich entkräftet ſeyen, und folglich derſelbe mit Erſetzung dieſes Schadens zu verſchonen. Von Rechts wegen.

DECISIO LXXXIII.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Inſignis eſt differentia, quae inter bona iure perpetuae coloniae, et inter ea, quae iure conductionis temporariae tenentur, intercedit.

II. Intereſt principis et reipublicae, vt bona, quae iure perpetuae coloniae tenentur, in hoc ſtatu permaneant.

III. Si lege prouinciae publica cautum eſt, ne bona eiusmodi colonaria ob rationem vtilitatis publicae minuantur vel immutentur; praeſcriptio longiſſimi temporis ad imutandam eorum conditionem non ſufficit, ſed immemorialis requiritur.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Tenor ſententiae, quae confirmatur. n. 2.

An actores et adpellati ius perpetuae coloniae probatum dederint, quaeritur n. 3. *et ſequent. et adfirmatur n.* 13. *et ſequent.*

Ex tenore inſtrumenti, quale ſit negotium celebratum, eſt diiudicandum. n. 4.

Quod ad tempus datur, iure perpetuae coloniae non teneri poteſt. n. 5.

Conductio ad tempus licet per ſaecula renouata et continuata ius perpetuae coloniae non efficit. n. 6.

In dubio locatio ad tempus facta, non autem colonia perpetua conceſſa videtur. n. 7.

Inſtrumentum anni 1703 *locationem ad tempus factam expreſſe loquitur. n.* 8.

An teſtes probent praedium eſſe landſidelicum, qui interrogati, quid ſit landſidelia, definitionem ſuppeditare neſcierint, quaeritur. n. 9 *et adfirmatur. n.* 24.

An liber tributorum ad probandam qualitatem praediorum colonariam vim habeat, quaeritur n. 10 *et adfirmatur. n.* 22.

An actores qualitatem landſidelicam praediorum, de quibus contro-

 verti-

vertitur, ab adſcendentibus ſuis poſſeſſorum probauerint quaeritur n. 11. et adfirmatur. n. 23.

Iuſtitia auctae mercedis in dato caſu controuerſae adſeritur. n. 12. et refutatur. n. 25. et n. 28.

Antiquiores litterae de conceſſione iuris colonarii potiſſimum ſunt inſpiciendae. n. 14.

Saeculo decimo ſexto ad finem vergente haec bona iure coloniae perpetuae adſcendentibus actorum iam ſunt conceſſa. n. 15.

Conductio praediorum temporaria clericis eſt denegata. n. 16.

Neque minus tertius actor originariam ſui praedii qualitatem a ſaeculo decimo ſexto probatam dedit. n. 17.

Scriptura priuata praeſertim antiquior concurrentibus aliis adminiculis probationem facere poteſt. n. 18.

Idemtitas praediorum, de quibus modo controuertitur, cum iis de quibus inſtrumenta producta loquuntur, euincitur. n. 19.

Quod auctores ſint deſcendentes parochi ſaeculo decimo ſexto haec praedia iure landſidelico adquirentis adſtruitur. n. 20.

Refutatio dubiorum obmotorum. n. 21.

Augmentum mercedis poſito iure coloniae perpetuae reipublicae nocet, et regulariter locum non habet. n. 26.

Legibus prouincialibus prohibetur. n. 27.

Praeſcriptio longiſſimi temporis contra legem ob rationem vtilitatis publicae prohibitiuam non valet. n. 29.

Pendente lite nihil innouandum. n. 30.

Urtheil.

In Appellationsſachen des Capitaine Georg Carl von Br., genannt Br. zu B. Beklagten und Appellanten an einem, gegen Iohannes H. den älteren, Ludewig und Iohannes H. den jüngeren zu W., Grunds Br., Kläger und Appellaten, wie auch den Fürſtlichen Fiſcal zu G. Intervenienten und Appellaten, am anderen Theile,

erkennen ꝛc. ꝛc. zum Oberappellationsgericht zu D. verordnete Präſident, Canzler, Geheime und übrige Oberappellationsräthe, nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, für Recht:

1 Daß die eingewandte Appellation in ihren Formalien beſtändig, und die Sache zu gebührender Rechtfertigung anhero erwachſen. Materialien

lien belangend, erſcheinet aus den Acten allenthalben ſo viel, daß in voriger Inſtanz wohl geſprochen, und übel appelliret worden, derowegen es bey dem den 9. Nov. 1758 eröffneten Urtheil billig verbleibet, die Koſten dieſer Inſtanz aber aus bewegenden Urſachen gegen einander aufzuheben. Uebrigens hat es während dieſes Rechtsſtreits bey dem Nr. 9. actor. appellat. befindlichen Decret vom 24. Iul. 1759 billig ſein Bewenden. Von Rechts wegen.

Entſcheidungsgründe.

Obwohl Appellant durch das den 9. Nov. 1758 eröffnete

Nr. 2. actor. primae inſtant. Faſc. die *Transmiſſionem actorum* ꝛc. betreffend

befindliche Urtheil, vermöge deſſen nicht nur appellatiſche Kläger Iohann H. der ältere und Ludewig H. bey ihren Leihen des ſogenannten G. Guts als erblichen Landſiedelleihen von 8 Jahren zu 8 Jahren zu ſchützen, auch dem appellatiſchen Kläger Iohann H. dem jüngeren die Hälfte des ſogenannten D. Guts als eine erbliche Landſiedelleihe von 8 zu 8 Jahren cum fructibus perceptis et refuſione omnis damni zu reſtituiren, ſondern auch der jährlich von dieſen Leihen zu entrichtende Zins wieder auf den Fuß, wie derſelbe in den erſten Jahren dieſes ſaeculi nach den beygebrachten Auszügen des W. Geſchoßbuches geweſen, zu ſetzen, und was über dieſe Maße den beyden erſteren Klägern abgefordert worden, a tempore motae litis zu reſtituiren, durchgehends beſchwert zu ſeyn behaupten will, 2

indem A) die Kläger den ihnen auferlegten Beweis, daß die ſämmtlichen im Streit befangene Leihen für erbliche Landſiedelleihen zu halten, wie recht nicht vollführet, und daher dieſe Leihen vielmehr für bloße Pachtungen, die nach Verlauf der Pachtjahre nach Belieben eingezogen werden müßten, 3

anerwogen 1) überhaupt bekannten Rechtens, a) daß ein jeder Leihcontract nach den darüber ausgeſtellten Leihbriefen, und die Beſchaffenheit der Leihe aus dem Inhalt dieſer Leihbriefe zu beurtheilen, 4

L. 23. D. de reg. iur.

C. 84. eodem in 6.

 Buri

Buri Erläuterung des Lehnrechts *pag.* 794.

Lennep von der Leihe zu Landſiedelrecht *Tit.* 2. §. 45.

5 b) daß ausdrücklich blos auf gewiſſe Jahre ertheilte Leihen für bloße Pachtungen zu halten, welche nach Verlauf der geſetzten Zeit von ſelbſt erlöſchen,

L. 32. *C. de locat.*

Lennep *loc. cit.* §. 7.

wenn ſie auch in einem weitläuftigen Verſtande mit dem Namen einer Landſiedelleihe belegt worden,

Lennep *loc. cit.* §. 9.

6 c) daß aus ſolchen Leihen, wenn ſie auch ganze Jahrhunderte hindurch gegen eine beſtändige Pacht bey einer Familie geblieben, dennoch kein unwiderrufliches Erbrecht erwachſen mag,

L. 2. *C. de praeſcript.* 30 *annor.*

MEVIVS *Part.* 9. *dec.* 74. *n.* 4.

Lennep *loc. cit.* §. 11.

7 und d) daß in dubio eine Leihe für eine bloße Pacht, und nicht pro iure coloniae perpetuae zu halten;

MEVIVS *Part.* 1. *dec.* 163.

LVDWIG *de iure client. Germ. Sect.* 3. *cap.* 5. §. 15. *lib. b.*

8 Hiernächſt 2) im gegenwärtigen Fall die von Klägern

ad Nr. 45. *actor. Vol. in cauſſa* Johann H. *et Conſort.*

ad Nr. 13. *actor. Vol. in cauſſ.* Ludwig H.

ad Nr. 37. *actor. Vol. in cauſſ.* Weigand H.

producirten Leihbriefe, nach welchen Iohann Ludwig von B. ihren Vorfahren zuerſt im Jahr 1703 dieſe Leihen ertheilet, nicht nur einer vorgegebenen erblichen Landſiedelleihe mit keinem Worte Erwähnung gethan, ſondern vielmehr ausdrücklich das Gegentheil dadurch anzeigten, daß nach denſelben die Leihe nur auf 8 Jahre und zwar mit der ausdrücklichen Bedingung ertheilet worden, daß nach Verlauf derſelben die Güter

ohne einige Prätenſion, wie ſie Namen haben möchte, wiederum zugeſtellet werden ſollen;

Auch 3) dem deutlichen Inhalt dieſer Leihebriebe nicht entgegen geſetzt werden möchte, daß nach der Meinung einiger Rechtsgelehrten dergleichen Clauſeln pro non adiectis zu halten,

LUDOLPH *obſ.* 157. *pag.* 313.

Kopp Probe des Teutſchen Lehnrechts *Nr. VI.* §. 9. *pag.* 304. *ſq.*

da dieſe Meinung einestheils den vorher angeführten Rechtsgründen widerſtreite, und auch daher von bewährten Rechtsgelehrten mit Recht bezweifelt worden,

Buri *loc. cit. pag.* 1042.

Lennep *loc. cit. Tit.* 2. §. 45.

anderntheils von ſolchen Leihgütern zu verſtehen, die ihrer urſprünglichen Beſchaffenheit nach beſtändige Landſiedelleihen geweſen, dergleichen im gegenwärtigen Fall nicht vorhanden;

Weniger nicht 4) der Umſtand, daß in dieſen Leihbriefen auch andere in Landſiedelleihbriefen übliche Clauſeln enthalten, und Kläger von dieſen Gütern Dienſte und Beſchwerden tragen, um ſo weniger eine Aufmerkſamkeit verdiene, je gewiſſer es ſey, daß dieſe Clauſeln nebſt der Uebernehmung der Dienſte und Beſchwerden auch in bloßen Pachtcontracten ſtatt haben möchten;

LEYSER *ſpec.* 216. *med.* 9.

STRYK *de caut. contr. Sect.* 2. *cap.* 9. §. 23.

Ferner 5) die Ausſagen der von Ludewig H. und Johann H. dem 9
jüngeren producirten Zeugen auf keine Weiſe in Betracht kommen möchten, da ſelbige bey ihrer Ausſage geſtehen müſſen, daß ſie nicht wiſſen, was eine Landſiedelleihe ſey;

Depoſ. Teſtium ad interr. ſpec. 1. *art.* 4. *ad Nr.* 45. *actor. Vol. in cauſſ.* Ludwig H.

Depoſ. Teſt. ad interr. ſpec. art. 9. *ad Nr.* 51. *actor. Vol. in cauſſ.* Weigand H.

Glei-

10 Gleichergeſtalt 6) die von Klägern

ad Nr. 26. *actor. Vol. in cauſſ.* Johann H. *et* Conſort.

ad Nr. 54. *actor. Vol. in cauſſ.* Ludwig H.

ad Nr. 32. *actor. Vol. in cauſſ.* Weigand H.

beygebrachten Extracte aus dem W. Geſchoßbuch die von ihnen behauptete Beſchaffenheit der Leihen keineswegs begründen möchten, indem dieſes Geſchoßbuch nicht nur unrichtig und mangelhaft, auch vom jüngeren dato als die älteſten producirten Leihbriefe vom Jahr 1703, ſondern auch der darinn befindlichen Ausdruck: Lehngut, gar wohl von einer ſchlechten Pacht verſtanden werden möchte,

Eſtor kleine Schriften *Tom.* 2. *Nr.* 3. §. 12. *pag.* 253.

Lennep *loc. cit. Tit.* 2. §. 2. 3.

nicht zu gedenken, daß dergleichen Geſchoßbuch ohne Zuziehung der Gutsherren eingerichtet werde, und daher gegen ſelbige keinen Beweis abgeben könne;

11 Daneben 7) die von Klägern behauptete Primordialqualität der im Streit begriffenen Güter bey ihren Vorfahren von vorigen Jahrhunderten wie recht nicht erwieſen worden, immaßen a) eineſtheils der von Iohann H. dem älteren

ad Nr. 73. *actor. lit. a.*

und von Ludewig H.

ad Nr. 13. *actor. n.* 1.

in Anſehung des G. Guts beygebrachte Auszug aus dem G. Saalbuch vom Jahr 1588 durch den vagen Ausdruck, daß der Pfarrer zu W. Ioſt Kl. und Conſorten dieſes Gut Lehnsweiſe inne gehabt, eine bloße Pacht, die vermöge des obigen auch eine Verlehnung genannt werde, gar nicht ausſchließe, anderntheils der von Iohann H. dem jüngeren

ad Nr. 37. *actor. n.* 1.

in Anſehung des Diedelsguts beygebrachte Auszug einer vom Pfarrer Ioſt Kl. unter dem 19. Nov. 1582 verlaſſenen Aufzeichnung offenbar eine ſcriptura priuata ſey, die bekannten Rechten nach nichts beweiſe,

L. 5.

L. 5. C. de probat.
CARPZOV *Part. 1. conſtit. 17. def. 34.*

daneben b) Kläger ſo wenig daß die jetzt ſtreitigen Güter eben diejenigen ſind, deren in gedachten Urkunden Meldung geſchehen, als daß ſie von dem damaligen Beſitzer Ioſt Kl. abſtammen, bewieſen, da die darüber vernommenen Zeugen keinen andern Grund ihrer Wiſſenſchaft, als daß ſie es von alten Leuten gehöret, anzugeben vermocht

Depoſ. Teſt. 2. 3. ad art. 1. ad Nr. 45. actor. Vol. in cauſſ. Ludewig H.
Depoſ. Teſt. 1. 2. 3. ad art. 1. ad Nr. 51. actor. Vol. in cauſſ. Weygand H.

noch weniger c) Kläger, daß beſagte Güter von Ioſt Kl. vermöge eines Erbrechts in einer ununterbrochenen Reihe auf ſie gekommen, beygebracht, vielmehr d) aus den Acten das Gegentheil erhelle, indem die Leihe des klagenden Iohann H. des älteren vermöge der

ad Nr. 45. actor. lit. α. β.

beygebrachten Urkunden im Jahr 1703 Carl S. zum Theil beſeſſen, und Iohann Heinrich H. ſie erſt von demſelben im Jahr 1706 erhalten, die Leihe des klagenden Ludewig H. nach Ausſage der Zeugen

Depoſ. Teſt. 1. ad art. 2. ad Nr. 45. actor.

deſſen Vater von ſeinem Schwager Iohann Heinrich K. bekommen, und die Leihe des klagenden Iohann H. des jüngeren des Weygand H. mütterlicher Großvater geſtändiger Weiſe im Beſitz gehabt, woraus deutlich erhelle, daß alle dieſe Leihen als neue Leihen anzuſehen, die Iohann Ludewig von Br. den Eltern der Kläger nach dem Inhalt der Leihbriefe zuerſt ertheilet, und die daher nicht als alte Landſiedelleihen auf Kläger erblich und unwiderruflich verfallen mögen;

Uberdem auch 8) wenn Kläger ein wirkliches Landſiedelrecht von 8 zu 8 Jahren erwieſen hätten, dennoch dem Appellanten nicht nur nach der S. Gerichts- und Landesordnung,

Part. 2. tit. 7. §. 2. 12.

ſondern auch nach Heſſiſchen Rechten

Lennep *loc. cit. Tit. 10. §. 14. pag. 733.*

die Freyheit die verleiheten Güter wieder einzuziehen nicht verſagt werden dürfte;

12 Dannenhero auch B) der von dieſen Leihen ſeit den Jahren 1582 und 1588 bis jetzt nach und nach erhöhete Zins zum Nachtheil des Appellanten nicht wieder auf den Fuß, wie derſelbe in den erſten Jahren dieſes ſaeculi nach den Auszügen der W. Geſchoßbuchs geweſen, hätte geſetzet, und Appellant den Ueberſchuß den beyden erſten Klägern a tempore motae litis zurückzugeben nicht vertheilet werden ſollen,

angeſehen 1) aus dem vorhergehenden erhelle, daß die im Streit befangenen Leihen keinesweges für erbliche Landſidelleihen, ſondern für bloße Pachtungen zu halten, deren Zins dem Gutsherrn nach Belieben zu erhöhen frey ſtehe;

dem zu Folge 2) Appellantens Vorfahren von den Jahren 1582 und 1588 bis 1703 den Zins bereits anſehnlich erhöhet;

auch 3) Kläger die Rechtmäßigkeit dieſer Erhöhungen, einfolglich die bis 1703 continuirte bloße Pacht dadurch in der That eingeräumet, daß ſie von ihrem erſten petito wegen Reduction des Zinſes auf den Fuß von 1582 und 1588 in der Folge abgegangen, und bloß die Reduction auf den Fuß, wie er nach dem W. Geſchoßbuch beſtimmet worden, verlanget;

Nr. 73. *actor. Vol. in cauſſ.* Johann H. *et* Conſort.

Nr. 47. *actor. Vol. in cauſſ.* Ludewig H.

Nr. 55. *actor. Vol. in cauſſ.* Weygand H.

Mithin 4) die Rechtmäßigkeit der ſeit dem Jahre 1703 geſchehenen Erhöhungen um ſo weniger bezweifelt werden möchte, da ſelbige nicht allein mit guten Willen der Beſtänder geſchehen, ſondern auch Appellant in Anſehung dieſer Erhöhungen die praeſcriptionem longiſſimi temporis für ſich habe;

Endlich 5) das dagegen vorgeſchützte intereſſe publicum unerfindlich, und dem Steuerweſen völlig gleichgültig ſey, ob und wie hoch ein Gutsherr die Pacht zu erhöhen für gut befinde;

Und aus dieſen Gründen, daß anders, als geſchehen, zu erkennen geweſen, es das Anſehen gewinnen möchte;

Dennoch

Dennoch aber und dieweil die vom Appellanten an= und ausgeführ-
ten Beſchwerden für gegründet nicht gehalten werden mögen, anerwo-
gen A) Appellaten den ihnen auferlegten und übernommenen Beweis, 13
daß die im Streit befangenen Güter für erbliche Landſiedelleihgüter und
nicht für bloße Pachtgüter zu halten, zur Nothdurft vollführet,

immaßen 1) überhaupt ohnſtreitigen Rechtens iſt, daß die gegenwär- 14
tige Beſchaffenheit einer Leihe nicht bloß aus den neueren darüber aus-
geſtellten Leihbriefen, ſondern vornämlich aus ihrer urſprünglichen Be-
ſchaffenheit zu beurtheilen, und daher alle in den neueren Leihbriefen
enthaltene Clauſeln, die der urſprünglichen Beſchaffenheit entgegen, ſo
lange pro non adiectis zu halten, bis der Lehnsherr, daß die alte Leihe
freywillig und wohlbedächtlich auf eine zu Recht beſtändige Weiſe ver-
ändert worden, bewieſen;

LVDOLPH *obſ.* 157. *pag.* 313.

CRAMER *opuſc. Tom.* 2. *opuſc.* 5. *cap.* 1. §. 13.

Kopp Proben des Lehnrechts *Nr. VI.* §. 9.

Buri Erläut. des Lehnrechts *pag.* 204.

Lennep von der Leihe zu Landſidelrecht *Tit.* 2. §. 45. *Nr.* 3. 4.

Hiernächſt 2) im gegenwärtigen Fall aus den von Appellaten geführ- 15
ten Beweiſen zureichend erhellet, daß mehrgedachte Güter ſchon von
den Zeiten des 16ten ſaeculi her als erbliche Landſiedelleihen, und nicht
als bloße Pachtungen von ihren Vorfahren beſeſſen, und auf ſie verer-
bet worden, indem a) daß der Pfarrer Ioſt Kl. bereits im Jahr 1588
mit ſeinen Vettern S. das G. Gut nicht bloß Pachtsweiſe, ſondern aus
einem erblichen Rechte gegen einen beſtändigen an die Familie von Br.
jährlich zu zahlenden Zins im Beſitz gehabt, genutzt und gebraucht, nach
dem von beyden erſten Klägern als Iohann H. dem älteren

ad Nr. 73. *actor. lit. a.*

und Ludewig H.

ad Nr. 13. *actor. n.* 1.

beygebrachten Auszug des G. Saalbuchs keinem gegründeten Zweifel
unterworfen, da einestheils nach demſelben Ioſt Kl. dieſes Gut Lehns-

weiſe inne gehabt, und dieſer Ausdruck nicht nur überhaupt gewöhnlich ein erbliches Recht anzeiget, cum haec denominatio non procul abſit a qualitate emphyteutica,

LUDOLPH *obſ.* 157. *n.* 1. *pag.* 312.

16 ſondern auch beſondes bey einem Pfarrer, dem die Geſetze keine Pachtungen verſtatten,

Nov. 123. *c.* 6.

von einer bloßen Pachtung auf keine Weiſe verſtanden werden mag, und anderntheils der von dieſem Gut ſowohl an das Haus G. zu zahlende Grundzins, als an die Familie von Br. jährlich zu entrichtende Zins beſtimmet worden, welche Beſtimmung der Zinſen in Saal- oder Urbarbüchern nicht bey Gütern, die erblich zu einem beſtändigen Zins verliehen worden, geſchehen kann,

Lennep *loc. cit. Tit.* 7. §. 16.

17 weniger nicht b) daß eben gedachter Pfarrer Ioſt Kl. bereits im Jahr 1582 das halbe Diedelsgut von Caſpar von Br. nach Landſiedelrecht zu Lehn gehabt, durch den vom dritten Kläger Iohann H. dem jüngeren

ad Nr. 37. *actor. Nr.* 1.

beygebrachten Auszug einer von dieſem Pfarrer unter dem 19. Nov. 1582 verlaſſenen Aufzeichnung ſeiner Güter zur Nothdurft erwieſen

18 worden, da dieſe Aufzeichnung, wenn ſie gleich nur eine ſcriptura privata iſt, dennoch theils durch das Alter derſelben,

MYNSINGER *cent.* 5. *obſ.* 79.

theils durch Appellantens Geſtändniß, daß Kl. zu der Zeit dieſes halbe Gut beſeſſen,

Nr. 44 *b. actor. in cauſſ.* Weygand Z.

theils durch die übrige Richtigkeit derſelben, in Anſehung herrſchaftlicher Landſiedelleihen

ad Nr. 37. *actor. Nr.* 2.

und theils durch die Ausſagen der Zeugen, welche von alten Leuten gehöret haben, daß Iohann H. der jüngere das nämliche Haus, worinn Ioſt Kl. gewohnet, und worzu das halbe D. gehörig, beſitze

Depoſ.

Depoſ. Teſt. 2. 3. ad art. 1. 2. 3. ad Nr. 51. actor. Vol. in cauſſ. Weygand H.

in der Maße unterſtützet wird, daß ſie den Rechten nach his adminiculis adiuta vollkommen beweiſet,

L. 5. C. de probat.

ferner c) nicht bezweifelt werden mag, daß die jetzt in Frage ſtehenden 19
Güter eben diejenigen ſind, deren in dieſen Urkunden Meldung geſchehen, angeſehen was das G. Gut anbelanget, Appellant dem erſten Kläger Iohann H. dem älteren die behauptete Identität gar nicht ſtreitig gemacht,

Nr. 22. actor. Vol. in cauſſ. Joh. H. *et Conſort.*

und wenn er gleich ein Jahr nachher ſelbige gegen den zweyten Kläger Ludewig H. bezweifeln, und behaupten wollen, daß Iohann Heinrich K. und Anton S. das G. Gut beſäſſen,

Nr. 20. actor. Vol. in cauſſ. Ludewig H.

dennoch ſolches durch eine

Nr. 49. actor. huius Volum.

blos vorgegebene Ortskündigkeit im geringſten nicht beygebracht, vielmehr aus dem von Ludewig H.

ad Nr. 23. actor. huius Vol. nr. 4.

producirten Extract des Quitungsbuchs über die dem Hauſe G. bezahlten Zinſen die Identität der Güter zureichend zu erſehen; und das D. betreffend, Appellant zwar

Nr. 65. actor. Vol. in cauſſ. Weygand H.

keine Urkunde gefunden haben will, worinn dieſes Gut das D. heiſſe, allein bereits

Nr. 44. b. actor. huius Volum.

daß Ioſt Kl. das halbe D. beſeſſen, eingeräumet, auch dieſe Benennung in den

ad Nr. 1. et 12. actor. huius Vol.

20 beygebrachten Leibbriefen deutlich ausgedrückt zu befinden, auch d) daß ſämmtliche Kläger von gedachtem Pfarrer Ioſt Kl., der dieſe Güter als erbliche Landſiedelleihen beſeſſen, wirklich abſtammen, durch die Ausſagen der producirten Zeugen

Depoſ. Teſt. 2. 3. *ad art.* 1. *ad Nr.* 45. *actor. Vol. in cauſſ.* Ludewig H.

Depoſ. 1. 2. 3. *ad art.* 1. *ad Nr.* 51. *actor. Vol. in cauſſ.* Weygand H.

zur Nothdurft erwieſen worden, indem, wenn dieſe Zeugen gleich nur von demjenigen ausſagen, was ſie von alten Leuten gehöret haben, dennoch dergleichen Ausſage nicht nur überhaupt in negotiis antiquis

LEYSER *ſpec.* 285. *med.* 1.

ſondern auch beſonders im Beweiſe der Verwandtſchaft, vornämlich wenn, wie hier, die Verwandſchaft über Menſchen Gedenken ſich erſtrecket, bekannten Rechten nach einen zureichenden Beweis wirket,

c. 47. *X. de teſtib.*

STRYK *de iure ſenſ. Diſſ. 3. cap.* 3. *n.* 44.

LEYSER *ſpec.* 98. *med.* 3.

ſo wie auch e) daß dieſe von Ioſt Kl. als erbliche Leihen beſeſſene Güter von demſelben vermöge eines Erbrechts auf der Kläger Vorfahren gekommen, uud von denſelben als erbliche Landſiedelleihgüter auf Kläger gebracht worden, nicht allein ſchon an ſich nach allen Rechten ſo lange zu vermuthen, bis Appellant in dem ihm nachgelaſſenen Beweiſe das Gegentheil, daß nämlich dieſe Leihen nachher auf eine zu Recht beſtändige Art verändert worden, gebührend beygebracht, cum mutatio non praeſumatur, ſed ab allegante probanda ſit,

BOEHMER *ius eccleſ. Lib.* 2. *tit.* 23. §. 5.

ſondern auch dadurch nicht wenig beſtärket worden, daß einestheils nach den Ausſagen der producirten Zeugen der Kläger Vorfahren dieſe Güter in einer 8 jährigen Leihe über Menſchen Gedenken im Beſitz gehabt,

Depoſ. Teſt. 1. 2. 3. 4. *ad art.* 2. *ad Nr.* 45. *actor. Vol. in cauſſ.* Ludewig H.

Depoſ.

Depoſ. Teſt. 1. 2. 3. *ad art.* 3. *ad Nr.* 51. *actor. Vol. in cauſſ.* Weygand H.,

anderntheils Appellant die vom erſten Kläger Iohann H. dem älteren

Nr. 45. *actor. Vol. in cauſſ.* Johann H. *et* Conſort.

von ihm verlangte Edition der über dieſe Güter ertheilten Leihbriefe vom vorigen Jahrhundert, die er zu beſitzen nicht geleugnet, blos aus dem ſchwachen Vorwande, daß ſolche hieher nicht gehörig, ſondern erſt etwa gegen die Erben eines damaligen Pächters zu ediren, zu verrichten ſich geweigert;

Nr. 48. *b. actor. huius Volum.*

und f) was von Seiten des Appellanten dagegen in den Zweifelsgründen lit. d) angeführet worden, dieſes nicht entkräften mag, indem α) Carl S. im Jahr 1703 ſeinen Antheil der Leihe vermöge eines Erbrechts gehabt, und ſelbigen vermöge einer von Iohann Ludewig von Br. genehmigten Convention ſeinem ſocio Iohann Heinrich H. im Jahr 1706 überlaſſen, 21

ad Nr. 34. *actor. Vol. in cauſſ.* Johann H. *et* Conſort. *n.* 2.

β) Iohann Heinrich K. nach Ausſage des Zeugen

Depoſ. Teſt. 1. *ad art.* 2. *ad Nr.* 45. *actor. Vol. in cauſſ.* Ludewig H.

die Leihe durch ſeine Frau, die eine H. geweſen, und aus dem Hofe abgeſtammet, mithin vermöge eines Erbrechts derſelben erhalten, worauf ſie wieder auf deren Bruder Andreas H. gekommen, und γ) des Weygand H. mütterlicher Großvater die Leihe auf gleiche Weiſe vermöge eines Erbrechts erhalten;

Daneben 3) die von Klägern behauptete urſprüngliche Beſchaffenheit dieſer Leihen als gegenwärtig durch die 22

ad Nr. 26. *actor. Vol. in cauſſ.* Johann H. *et* Conſort.

ad Nr. 54. *actor. Vol. cauſſ.* Ludewig H.

ad Nr. 32. *actor. Vol. in cauſſ.* Weygand H.

beygebrachten Auszüge aus dem am Anfang dieſes ſaeculi verfertigten W. Geſchoßbuch ſattſam erhärtet wird, wo dieſe Güter als Lehngüter

mit

mit den davon jährlich zu entrichtenden Zinſen und anderen Abgaben auch Erneuerung der Leihe von 8 zu 8 Jahren verzeichnet ſtehen, welcher Ausdruck daſelbſt im eigentlichen Verſtande von einer erblichen Landſiedelleihe um ſo mehr verſtanden werden muß, je weniger zeitige Pachtgüter nebſt der davon zu zahlenden veränderlichen Pacht ins Geſchoßbuch eingetragen und beſtändig von 8 zu 8 Jahren für eine Lehnwahr erneuert werden, welches Geſchoßbuch als ein von landesherrlichen Bedienten publica auctoritate verfertigtes inſtrumentum publicum gegen Appellanten ſo lange beweiſet, bis er die vorgeſchützte Unrichtigkeit deſſelben der Gebühr nach erwieſen;

23 Ueberdem 4) die von Klägern behauptete Beſchaffenheit dieſer Güter auch aus anderen nicht bezweifelten Eigenſchaften derſelben, welche ein wirkliches ius coloniae perpetuae, und keine bloße zeitige Pacht zum voraus ſetzen, erhellet, da von denſelben nicht nur ein jährlicher Grundzins, und bey Erneuerung der Leihe eine Lehnwahr entrichtet wird,

FRANTZK. *de Laud. cap.* 9. *n.* 2.

Cramers Wetzlariſche Nebenſtunden. *Part.* 3. *Nr.* 3. §. 5. *pag.* 39.

STRUBEN *de iure villic. cap.* 8. §. 15.

Kopp *loc. cit. pag.* 304. *nr.* 4.

Lennep *loc. cit. Tit.* 2. §. 14.

ſondern auch Dienſte und Beſchwerden getragen worden, ohne daß ſolches, wie im Pachtcontract geſchehen müſſen, ausdrücklich ausbedungen worden, und die Güter mit denſelben dem Steuerſtock inſeriret worden;

LUDOLPH *obſ.* 157. *nr.* 8. *p.* 313.

Kopp *loc. cit. nr.* 5.

STRUBEN *loc. cit. Cap.* 6. §. 4.

PUFENDORF *Tom.* 2. *obſ.* 97. §. 8.

Lennep *loc. cit.* §. 46. *pag.* 235. *ſq.*

Ferner 5) ſelbſt in allen von den dreyen Klägern producirten Leihbriefen alle diejenigen Clauſeln enthalten ſind, welche in eigentlichen Landſiedellei-

ſiedelleihbriefen, und nicht in bloßen Pachtbriefen eingerückt zu werden pflegen,

Buri *loc. cit. pag.* 1004. *ſqq.*

wohin beſonders die Clauſel, der einem rechtſchaffenen Lehnsmann obliegenden zu leiſtenden Treue

Buri *loc. cit. pag.* 1012. *Nr.* 9.

wie auch der verbotenen Veräuſſerung und Verafterleihung zu rechnen;

LVDOLPH *loc. cit. pag.* 312. *Nr.* 2.

Buri *loc. cit. pag.* 1012. *Nr.* 10.

Lennep *loc. cit. Tit.* 2. §. 46. *pag.* 233. *lit. F.*

So wie 6) die von Klägern behauptete Beſchaffenheit dieſer Güter ſowohl durch die

ad Nr. 14. *actor. appellat. lit. D.*

beygebrachte gerichtliche Erklärung und Proteſtation des F. Landjägermeiſters Iohann Philipps von Br. wider das im Jahr 1735 gegen Weygand H. von Beklagtem unternommene Verfahren, als auch durch die Ausſage der von Klägern producirten Zeugen, beſtätiget wird, da dieſe Zeugen dieſe Güter für Leihen halten, welche über Menſchen Gedenken als erbliche Leihen Klägern und ihren Vorfahren zugeſtanden, und von 8 zu 8 Jahren gegen einen beſtändigen Zins erneuret werden müſſen,

Depoſ. Teſtium ad art. 2. 3. 4. *ad Nr.* 45. *actor. Vol. in cauſſ.* Ludewig H.

Depoſ. Teſtium ad art. 3. 4. *ad Nr.* 51. *actor. Vol. in cauſſ.* Weygand H.

und dieſe Ausſagen durch den Umſtand, daß ſie keine Beſchreibung einer eigentlichen Landſiedelleihe anzugeben vermocht, um ſo weniger entkräftet werden mag, je deutlicher aus ihren Ausſagen erhellet, daß ſie eine erbliche unveränderliche Leihe von einer zeitigen veränderlichen Pacht wohl zu unterſcheiden gewußt; 24

Mithin 7) da bey dieſen Umſtänden dieſe Leihen keineswegs als Temporalleihen oder bloße Pachtungen anzuſehen, welche der Kläger Vorfahren allererſt im Jahr 1703 von Appellantens Vorfahren erhal-

ten, Appellantem die in den producirten Leihbriefen befindlichen Clauſeln der Reſtitution der Leihe nach 8 Jahren nebſt den dabey angeführten an ſich richtigen Rechtsgründen nicht ehe zu ſtatten kommen mögen, bis er in dem nachgelaſſenen Beweiſe, daß die urſprüngliche Beſchaffenheit dieſer Güter freywillig und wohlbedächtlich auf eine zu Recht beſtändige Weiſe verändert worden, gebührend dargethan;

LVDOLPH *obſ.* 157. *pag.* 313.

CRAMER *opuſc. Tom.* 2. *opuſc.* 5. *cap.* I. §. 13.

Kopp *loc. cit. Nr. VI.* §. 9.

Buri *loc. cit. pag.* 204.

Lennep *loc. cit. Tit.* 2. §. 45. *Nr.* 3. 4.

25 Und 8) bey dieſer Beſchaffenheit der im Streit befangenen Leihen Appellantem die Freyheit ſelbige nach Belieben zu verändern, oder gar einzuziehen auf keine Weiſe zuſtehen mag;

STRVBEN *de iure villic. Cap.* 8. §. 2. 12.

LVDOLFH *loc. cit.*

Cramer Nebenſtunden *Part.* 3. *Nr. III.* §. 3. 4.

Kopp *loc. cit.*

Lennep *loc. cit. Tit.* 10. §. 16. *pag.* 747.

Dannenhero auch B) Appellantens zweyte Beſchwerde, daß der nach dem Jahr 1703 nach und nach erhöhete Zins wieder auf den Fuß, wie er im W. Geſchoßbuch befindlich, zu ſetzen, auch Appellant den beyden erſten Klägern den erhaltenen Ueberſchuß a tempore motae litis zu reſtituiren, für gegründet nicht zu halten,

26 anerwogen 1) dieſe Leihen allerdings als erbliche Landſiedelleihen anzuſehen, bey welchen die Erhöhung des einmal beſtimmten Zinſes nicht nur dem iuri quaeſito der Lehnsleute, ſondern auch dem Beſten des Landes daher entgegen, daß nach dem beſtimmten Zins in den Steuerbüchern die auf dieſen Gütern haftenden öffentlichen Laſten eingerichtet worden, mithin bey Erſteigerung des Zinſes entweder die öffentlichen Laſten vermindert, oder die Lehnsleute zu Grunde gerichtet werden müßten;

STRUBEN *loc. cit. Cap.* 4. §. 2.

Kopp *loc. cit. pag.* 305. *ſq.*

Lennep *loc. cit. Tit.* 7. §. 14.

Weswegen auch 2) in verſchiedenen von Klägern 27

ad Nr. 54. *actor. Vol. in cauſſ.* Ludewig H. *Nr.* 9.

ad Nr. 14. *actor. appellat. lit. A.*

beygebrachten landesherrlichen Verordnungen dergleichen Veränderungen in dortigen Gegenden als der Landesverfaſſung zuwider verworfen worden;

Und 3) was Appellant zur Begründung ſeines behaupteten Rechts 28 den Zins, wie geſchehen, zu erhöhen, angeführet, von keiner Erheblichkeit iſt, angeſehen a) Kläger ohnbeſchadet ihres Rechts eine rechtliche Wiederherſtellung des zur Ungebühr geſteigerten Zinſes zu fordern, von ihrem erſten petito wegen der Reduction auf den Fuß der älteſten Zeiten vom 16. ſaeculo gar wohl abgehen, und nur eine Reduction auf den Fuß des W. Geſchoßbuches vom Anfange dieſes ſaeculi verlangen mögen, da ſeinestheils der ſeit 1588 bis 1703 erhöhete Zins, von deſſen Anfang keine Nachricht vorhanden, durch eine praeſcriptionem immemorialem gerechtfertiget werden dürfte,

BOEHMER *exercit.* 83. §. 10. 16.

und anderntheils nach dieſem 1703 erhöheten Zins im W. Geſchoßbuch die Steuern eingerichtet, und dadurch dieſer erhöhete Zins, keinesweges aber der nachher erhöhete publica auctoritate beſtätiget worden, aus welchem Grunde auch auf die vom Intervenientiſchen Fiſcali

Nr. 15. *actor. appellat.*

angeführte Adhäſionsbeſchwerde nicht reflectiret werden mögen, auch b) die vorgeſchützte Einwilligung der Lehnsleute in die Erhöhung des Zinſes Appellantem nicht zu ſtatten kommen mag, da nicht nur dieſe Einwilligung gewiß nicht donandi animo einfolglich ex errore iuris geſchehen, und alſo für keine wahre Einwilligung zu halten,

L. 116. §. 2. *D. de reg. iur.*

ſondern auch überdem die Einwilligung der Lehnsleute eine Erhöhung des Zinſes gegen die Landesverfaſſung nicht zu rechtfertigen vermögend iſt,

Kopp *loc. cit. pag.* 305.

29 ſo wie c) die dagegen angeführte praeſcriptio longiſſimi temporis im gegenwärtigen Fall keine Anwendung findet, immaßen wenn auch die nach und nach geſchehenen Erhöhungen ſämmtlich vor 30 Jahren vor Anfang des Rechtsſtreits geſchehen wären, dennoch einestheils bey vorliegenden Umſtänden dieſe Steigerung vom Lehnsherrn nicht bona fide geſchehen können, und anderntheils contra legem ob rationem publicae vtilitatis prohibitiuam eine Verjährung nicht ſtatt haben mag,

BOEHMER *loc. cit.* §. 14.

und d) die Richtigkeit des dem Appellanten entgegen ſtehenden Grundes
30 ex ratione intereſſe publici aus dem obigen ſattſam erhellet; Uebrigens aber Appellaten vor gänzlich entſchiedener Sache keine Veränderungen der bisherigen Leihbriefe begehren mögen, und es daher in Anſehung dieſes Puncts bey dem

Nr. 9. actor. appellat.

ertheilten Decret vom 24. Iul. 1759 billig ſein Bewenden haben muß;

Als ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, zu erkennen bewogen worden.

CON-

CONSILIVM LXXXIV.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Teſtamenta coniugum reciproca etiam ſine conſenſu alterius ab vna parte poſſunt mutari.

II. Promiſſum de non mutando teſtamento pro dicto nudo ſeu adſerto non obligatorio regulariter haberi debet.

III. Ad teſtamenta coniugum reciproca proprie ſic dicta requiritur, vt coniuges ſe vltro citroque haeredes nominent; Hinc ſi in vno inſtrumento maritus liberos ſuos prioris tori heredes fecit, et vxori ſecundae legata reliquit, vxor ſecunda contra ea maritum haeredem ſcripſit, eique liberos prioris tori ſubſtituit, illud inſtrumentum duplex quidem teſtamentum, ſed non teſtamenta reciproca continere dicendum eſt.

IV. Pactum ſucceſſorium a minore ſine curatoris conſenſu initum nullum eſt.

V. Teſtamentum matris, in quo liberi poſt teſtamentum nati ſunt praeteriti, vel ex quorundam ſententia rumpitur, vel quod magis iuri conuenire videtur, per querelam inofficioſi reſcinditur.

VI. Teſtamentum quatenus captatoriam ſcripturam continet, iure nullum eſſe cenſetur.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio inde formata. n. 2.
Sunt ICti, qui teſtamentum coniugum reciprocum reuocationi obnoxium eſſe negant. n. 3.
An in propoſita facti ſpecie pactum ſucceſſorium ex parte vxoris in fauorem priuignorum validum adſit quaeritur. n. 4. *et negatur. n.* 11.

Diſpoſitio mariti in fauorem vxoris facta ſub modo, vt ipſa priuignis in ſuo teſtamento faueat an valida ſit et obligatoria quaeritur. n. 5. et negatur. n. 10.

Teſtamenta coniugum reciproca vtrimque poſſunt reuocari. n. 6.

Neque haec mutandi teſtamenti facultas per promiſſionem de illo non mutando excluſa cenſeri debet. n. 7.

Qui in exercitio iuris ſibi competentis ad conſenſum tertii ſeſe adſtrinxit, in dubio ad perſonam reſpectum habuiſſe, ideoque mortuo eo, cum quo ita contraxit, ad conſenſum haeredum non amplius erit obligatus. n. 8.

In propoſito caſu non adeſſe teſtamentum reciprocum docetur. n. 9.

Pactum ſucceſſorium a minore ſine conſenſu curatoris initum nullum valorem habet. n. 11.

Argumenta, ex quibus liberos, quos ex ſecundis nuptiis habere poteſt vidua, a priuignis vi teſtamenti ab ipſa conditi non poſſe remoueri a ſucceſſione in bona matris, conſtat, proponuntur. n. 12. ſqq.

Teſtamentum matris in quo liberi poſt teſtamentum nati, ſunt praeteriti vel rumpitur, vel quod magis eſt, querela inofficioſi reſcinditur. n. 13.

Pactum legitimae praeiudicium inferens reſcinditur per querelam inofficioſae donationis; immo ſi ante ſuſceptos liberos eſt initum, ab ipſo paciſcente ex capite ſuperuenientiae liberorum poteſt reuocari. n. 14.

Deciſio quaeſtionis propoſitae. n. 15.

Als uns nachſtehende Geſchichtserzehlung nebſt angehängter Rechtsfrage zugeſendet, und wir darüber unſer in Rechten gegründetes Gutachten zu ertheilen gebeten worden;

Demnach erachten wir nach fleiſſiger derſelben Verleſung und gemeinſchaftlich gepflogener Erwägung den Rechten gemäß zu ſeyn:

1 Hat Caius, welcher mit ſeiner erſten Ehegemahlin fünf Kinder erzeuget, nach deren Abſterben ſich mit Titia vermählet, und da er bey dieſer Vermählung wegen ihres künftigen Standesmäßigen Unterhalts keine Eheſtiftung errichtet, während dieſer Ehe, da Titia 24 Jahr alt war, mit derſelben ein teſtamentum reciprocum, zu deſſen Grunde eine beyderſeitige wahre Liebe und unveränderliche Geſinnung für die Aufnahme und den Flor der Familie angegeben worden, errichtet, worinn

worinn A) Caius 1) ſeiner Ehegemahlin Titiae in Anſehung der ihm zum Brautſchatz zugebrachten 2000 Rthlr. ein Gegenvermächtniß von 2000 Rthlr. in der Maße conſtituiret, daß dieſe 4000 Rthlr. als ein immerwährendes Erblehncapital in ſeinen Lehngütern verbleiben, und Titia, wenn ſie ihn überleben und im Wittwenſtande verbleiben würde, davon die Zinſen zu 5 Procent erhalten ſolle, 2) derſelben, ſo lange ſie im Wittwenſtande verbleiben würde, die Wohnung in ſeinem Hauſe N. oder dafür jährlich 100 Rthlr., wie auch die Küchenzinſen nebſt dem Gebrauch gewiſſer Gärten und Aecker, und 3) ſeine beſte Kutſche mit den zwey beſten Pferden, oder dafür 100 Rthlr. vermacht, übrigens aber 4) ſeine 5 Kinder erſterer Ehe nebſt den etwa noch zu erzeugenden Kindern zweyter Ehe zu wahren Erben eingeſetzet.

Hiernächſt hat B) Titia 1) ihre etwa noch zu erzeugenden Kinder, und 2) wenn ſie keine leibliche Kinder nachlaſſen ſollte, ihren Ehegemahl Caium in ihrem ganzen gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen zu Erben ernennet, weniger nicht 3) wenn ſie ihren Ehegemahl überleben ſollte, verſprochen und verordnet, daß ihr Vermögen niemalen in andere Hände fallen ſolle, ſondern daß alsdenn ihre fünf Stiefkinder ihre alleinige und wahre Erben ſeyn ſollen, jedoch dergeſtalt, daß ſie ſich die Freyheit vorbehalten a) einem derſelben mehr als dem andern zuzuwenden, b) über ihre Zinſen, ſo lange ſie lebet, frey zu diſponiren, und c) über 2000 Rthlr. von ihrem Vermögen nach ihrem Belieben und Wohlgefallen zum Beſten ihrer Anverwandten oder anderer Freunde und Freundinnen zu verordnen.

Iſt in dieſem teſtamento reciproco der Diſpoſition eines jeden Ehegatten auf den Fall, wenn dieſe letzteren Willens Verordnung aus Mangel einiger Solennitäten nicht als ein zierliches Teſtament gelten ſollte, die clauſula codicillaris angehänget und am Ende des Teſtaments angegeben worden, daß beyde Ehegatten ſich gegen einander ausdrücklich verbindlich gemacht, daß keiner von ihnen ohne des andern Vorwiſſen und Einwilligung dieſe reciprocirliche Diſpoſition und pactum einſeitig zu revociren befugt ſeyn ſolle.

Nachdem hierauf Caius vor ſeiner Ehegemahlin Titia mit Tode abgegangen ohne mit derſelben erzeugte Kinder zweyter Ehe nachzulaſſen, und Titia jetzt noch nicht 29 Jahr alt iſt; entſteht die

Frage:

Frage:

2 Ob Titia durch dieſes Teſtament überhaupt und beſonders in dem Fall, wenn ſie zur zweyten Ehe ſchreiten ſollte, gebunden, oder ſelbiges durch ein neues Teſtament zu rumpiren befugt ſey?

Ob nun wohl von Seiten der Stiefkinder der Titiae, welche Titia in dem eingetretenen Fall, wenn ihr Ehegemahl Caius, ohne Kinder zweyter Ehe nachzulaſſen, vor ihr mit Tode abgehen ſollte, zu ihren alleinigen wahren Erben eingeſetzt, behauptet werden möchte, daß Titia dieſes Teſtament zum Nachtheil ihrer Stiefkinder zu ändern oder gar aufzuheben auf keine Weiſe für befugt zu halten,

3 anerwogen 1) ein teſtamentum reciprocum zweyer Ehegatten nach vieler bewährter Rechtsgelehrten Meinung überhaupt für unwiederruflich zu halten, indem daſſelbe eine beyderſeitige Einwilligung der Ehegatten in ſich enthalte, wodurch ein jeder dem andern bey dieſem Willen zu bleiben ſich verbunden,

arg. L. 5. C. de oblig. et act.
SCHILTER *Exerc.* 39. *th.* 57.

einfolglich davon abzugehen nicht befugt ſeyn möchte, cum nemo mutare conſilium ſuum in alterius iniuriam poſſit,

L. 75. D. de reg. iur.
c. 33. *de reg. iur. in* 6.

neque reprobare, quod ſemel probatum eſt,

L. 9. D. de negot. geſt.

vielmehr in dergleichen Teſtament ein nach alter Teutſcher Art zwiſchen den Ehegatten errichtetes pactum ſucceſſorium zum Grunde liege, in deſſen Beurtheilung nicht ſowohl auf die Römiſchen, als auf die Teutſchen Rechte zu ſehen, adeo vt genuina huius rei fundamenta a Germanicis potius quam Iuſtinianeis petenda ſint iuribus, ideoque teſtamenta coniugum reciproca non magis mutationi ſint obnoxia, quam quoduis aliud negotium inter viuos celebratum, contractusque bilateralis;

IO. SAM. STRYK *Diſſ. de teſtament. coniug. reciproc.* §. 74.

4 Und 2) beſonders im gegenwärtigen Fall ſolches um ſo mehr zu behaupten ſeyn möchte, da nicht nur Titia bey der Einſetzung ihrer Stief-

Stiefkinder ſich der Worte: ich verſpreche und verordne, bedienet, mithin dadurch, daß dieſe Verordnung nicht blos per modum vltimae voluntatis reuocabilis, ſondern per modum pacti et actus irreuocabilis inter viuos gelten ſolle, zu erkennen gegeben, ſondern auch am Ende dieſes beyderſeitigen Teſtaments beyde Ehegatten ſich gegen einander ausdrücklich verbindlich gemacht, daß keiner von ihnen ohne des andern Vorwiſſen und Einwilligung reciprocirliche Diſpoſition und pactum einſeitig zu revociren befugt ſeyn ſolle, durch welche Clauſel die Freyheit ein teſtamentum reciprocum einſeitig wieder aufzuheben, um ſo mehr für ausgeſchloſſen zu halten, je deutlicher ſelbige ein acceptirtes Verſprechen des Gegentheils in ſich enthält,

LYNCKER *Reſponſ.* 37. *Nr.* 13.

und je weniger bezweifelt wird, daß man wenigſtens nach Teutſchen Rechten die Freyheit ein Teſtament zu machen, durch ein pactum gar wohl einſchränken oder gar aufheben könne;

LVDOLPH *Part.* 4. *obſ.* 350. *pag.* 282.

Ueberdem auch 3) aus der von Caio im Eingange ſeines Teſtaments geäuſſerten Abſicht, dadurch die Aufnahme und den Flor ſeiner Familie zu befördern, zureichend erhelle, daß er der Titiae dasjenige, ſo er ihr vermacht, nur in ſo fern zuwenden wollen, als ſie dagegen ihn, und im Fall ſeines vorher erfolgten Abſterbens, ſeine Kinder erſterer Ehe zu Erben ernannt, einfolglich dieſes teſtamentum reciprocum als ein teſtamentum correſpectiuum anzuſehen, 5

Deciſ. Haſſo - Caſſellan. tom I. *dec.* 43. *Nr.* 21.

mithin Titia dadurch, daß ſie nach Caii Abſterben dasjenige, was ihr in deſſen Teſtament nachgelaſſen worden, angenommen, ſich von neuem gleichſam als durch einen Contract verbunden, bey ihrem dagegen einmal errichteten letzten Willen unveränderlich zu bleiben;

L. 2. *C. de his, quae ſub modo legata.*

Deciſ. Haſſo - Caſſellan. dec. 43. *Nr.* 30. *ſqq.*

Dennoch aber und dieweil 1) wenn auch das in der Geſchichtserzehlung angeführte Teſtament, ſo Caius mit der Titia errichtet für ein wirkliches teſtamentum reciprocum zweyer Ehegatten gehalten werden

 möchte,

möchte, dennoch der Titiae die Freyheit nach erfolgtem Abſterben des Caii davon wieder abzugehen und nach Belieben über ihr Vermögen
6 anderweitig zu diſponiren allerdings zuſtehen würde, angeſehen a) ein teſtamentum reciprocum zweyer Ehegatten, wenn es gleich in einer Schrift errichtet worden, dennoch natürlich ganz verſchiedene Teſtamente in ſich enthält, deren eines der Ehemann über ſein Vermögen zum Beſten der Ehefrau, und das andere die Ehefrau über ihr Vermögen zum Beſten des Ehemannes errichtet hat,

GAIL *Lib.* 2. *obſ.* 117. *Nr.* 2.

FABER *in Cod. Lib.* 6. *tit.* 5. *def.* 18. *Nr.* 2.

dannenhero b) ein jedes von dieſen Teſtamenten in Anſehung der Kraft und Gültigkeit für ſich nach den in Rechten verordneten Regeln zu beurtheilen,

MEVIVS *ad ius Lubec. Part.* 2. *tit.* 1. *art.* 10. *Nr.* 37. *ſqq.*

einfolglich c) einem jeden Ehegatten nicht nur bey Lebzeiten des andern, ſondern auch nach deſſen bereits erfolgtem Abſterben die Freyheit zuſteht, ſein in dieſem teſtamento reciproco errichtetes Teſtament, als einen bloßen letzten Willen, der kein verbindliches acceptirtes Verſprechen in ſich enthalten mag,

L. 21. *§. f. D. qui teſtam. fac. poſſ.*

nach Belieben zu ändern, cum ambulatoria voluntas defuncti ſit vsque ad ſupremum vitae exitum,

L. 4. *D. de adimend. vel transfer. legat.*

et nemo eam ſibi legem dicere poſſit, vt a priore ei recedere non liceat,

L. 22. *pr. D. de legat.* 3.

GAIL *loc. cit. Nr.* 2.

FINCKELTHAVSS *obſ.* 90. *Nr.* 6. *ſqq.*

CARPZOV *Part.* 3. *conſt.* 2. *def.* 12.

BERLICH *Dec.* 92. *Nr.* 2. *ibique plures DD. citati.*

LEYSER *ſpec.* 359. *med.* 3.

Deciſ. Haſſo-Caſſell. loc. cit. Nr. 19. *ibique citati DD.*

auch

auch d) dieſe natürliche Freyheit eines jeden teſtirenden Ehegatten durch ein hinzugefügtes Verſprechen das errichtete Teſtament entweder gar nicht, oder wenigſtens nicht ohne Einwilligung des andern, zu ändern oder gar aufzuheben, nach bewährter Rechtsgelehrten Meinung nicht ausgeſchloſſen werden mag,

MYNSINGER *Cent.* I. *obſ.* 8 *Nr.* II.

HARPPRECHT *de teſtament. correſpect.* §. 8. II.

BERGER *oecon. iur. Lib.* 2. *tit.* 4. §. 22. *not.* 4.

LEYSER *ſpec.* 359. *med.* II.

indem dergleichen verbindliches Verſprechen dem Weſen eines letzten Willens, der erſtlich mit dem Tode ein ſolcher werden kann,

c. L. 4. *D. de adimend. vel. transf. legat.*

widerſtreitet, und daher bey demſelben um ſo mehr für unkräftig zu halten,

L. 52. §. 9. *D. pro ſoc.*

arg. L. 12. *pr. D. de precar.*

je weniger den Ehegatten, indem ſie die Form eines Teſtaments erwählen, die Verbindlichkeit eines Vertrages, ſo ihnen wohl nicht in Sinn gekommen, mit Beſtande Rechtens angedichtet werden mag,

Pütters Rechtsfälle, *Reſponſ.* 42. *Nr.* 10. *ſqq.*

daher auch e) im gegenwärtigen Fall, wo die Abſicht der Titiae, mit ihrem Eheherrn Caio eigentlich und vornämlich nur ein Teſtament und nicht ein pactum ſucceſſorium zu machen, ſowohl aus der Form als aus dem Inhalt des negotii augenſcheinlich erhellet, ſo wenig der vom Concipienten des Teſtaments bey der Einſetzung der Stiefkinder gebrauchte Ausdruck; ich verſpreche und verordne, als der Anhang des Teſtaments, vermöge deſſen beyde Ehegatten ſich gegen einander verbindlich gemacht, daß keiner von ihnen ohne des andern Vorwiſſen und Einwilligung dieſe reciprocirliche Diſpoſition und pactum einſeitig zu revociren befugt ſeyn ſolle, das Weſen des errichteten negotii gegen die Abſicht der Titiae aufheben, und ihre Freyheit dieſes Teſtament zu ändern einſchränken mag,

8 zumalen f) ſelbſt nach den Worten dieſes Anhanges den Ehegatten das Recht, ihren letzten Willen als einen ſolchen zu revociren, an ſich nicht genommen, ſondern blos in der Ausübung deſſelben die Bedingung des Vorwiſſens und der Einwilligung des andern vorgeſchrieben wird: mithin, da bekannten Rechten nach die Bedingung des Willens einer Perſon eine ganz perſönliche Bedingung iſt, die mit dem Tode derſelben aufhöret, cum morte velle deſinamus,

L. 4. *D. locati.*

und keinesweges auf deren Erben ſich erſtrecket,

L. 11. §. 6. *D. de legat.* 3.

L. 41. §. 13. *D. eodem.*

BERLICH *Dec.* 193. *nr.* 17.

die verabredete Einſchränkung der Ausübung des Rechts der Titiae ihr Teſtament zu wiederrufen, durch Caii vorher erfolgtes Abſterben nach den Worten dieſes Anhanges ohnſtreitig gänzlich aufgehoben zu halten, und deſſen nachgelaſſene Kinder ſo wenig wie Erben ihres Vaters, als für ihre Perſon, ſich ein gleiches Recht der Einwilligung anmaßen mögen;

9 Hiernächſt 2) im vorgelegten Fall das von Caio mit der Titia errichtete Teſtament für ein teſtamentum reciprocum zweyer Ehegatten eigentlich nicht einmal zu halten, indem a) bekanntermaßen zwey Teſtamente zweyer Perſonen, die zugleich in einer Schrift ihren letzten Willen errichten, nur ſodann mit dem Namen eines teſtamenti reciproci belegt werden, wenn eine jede dieſer teſtirenden Perſonen die andere zum Erben einſetzet;

Deciſ. Haſſo-Caſſellan. loc. cit. Nr. 20. *ſq.*

dieſes aber b) im gegenwärtigen Fall keinesweges geſchehen, da Titia zwar in ihrem Teſtament Caium zum Erben ernannt, und demſelben ihre Stiefkinder vulgariter ſubſtituiret, allein Caius in ſeinem Teſtament der Titia dieſe Ehre nicht erwieſen, ſondern blos ſeine Kinder zu ſeinen alleinigen Erben eingeſetzt, und der Titiae nur ſo lange ſie im Witwenſtande bleiben ſollte, einige Vermächtniſſe zum Unterhalt nachgelaſſen, auch derſelben noch dabey gegen die Verordnung der Rechte

L. 2. *D. de pact. dotal.*

die

die Freyheit, ihren Brautſchaz von ſeinen Erben zurückzufordern, zu nehmen geſucht; weswegen c) das Teſtament der Titiae blos als ein ſimples Teſtament anzuſehen, was ſie zum Vortheil ihres Ehegemahls und deſſen Kinder errichtet, ohne durch gleiche von demſelben zu erwartende Vortheile darzu bewogen zu ſeyn; daher d) ihre Freyheit von dieſem Teſtament wieder abzugehen vermöge der angeführten Gründe um ſo weniger bezweifelt werden mag, je weniger es eigentlich nach den Regeln eines teſtamenti reciproci, und noch weniger daher nach den Regeln eines teſtamenti correſpectiui zu beurtheilen; mithin e) dieſer Freyheit der Titiae keinesweges entgegen ſteht, daß ſie dasjenige, was Caius ihr nachgelaſſen, nach deſſen Abſterben angenommen, da ſo wenig aus der von Caio im Eingange des Teſtaments geäuſſerten Abſicht die Aufnahme und den Flor ſeiner Familie zu befördern als aus der Beſchaffenheit der Vermächtniſſe zu erſehen, daß ſelbige der Titiae ſub conditione oder ſub modo der Einſetzung des Caii und ſeiner Kinder zu Erben nachgelaſſen worden; nicht zu gedenken f) daß, wenn dergleichen 10
Condition oder modus von beyden teſtirenden Perſonen wirklich beliebet worden, ihre Teſtamente von beyden Seiten als captatoriſche letzten Willens Verordnungen ipſo iure null und nichtig ſeyn würden;

L. 70. D. de hered. inſtit.

L. 71. §. 1. D. eodem.

Ferner 3) wenn auch dieſes Teſtament der beyden Ehegatten nicht nach den Regeln eines ſeiner Natur nach beſtändig wiederruflichen Teſtaments, ſondern vielmehr wegen des darinn eingerückten Verſprechens der Titiae und des am Ende befindlichen Anhanges nach den Regeln eines unwiederruflichen Vertrages beurtheilet werden könnte, dennoch der Titiae davon nach Belieben wieder abzugehen im gegenwärtigen Fall allerdings frey ſtehen würde, da ſie dergleichen unwiederruflichen 11
Vertrag über ihr geſammtes Vermögen während ihrer Minderjährigkeit für ſich ohne Einwilligung eines ihr beſtellten curatoris geſchloſſen, und bekannten Rechten nach Minderjährige für ſich ohne Beyſtand eines curatoris zwar einen nicht verbindlichen letzten Willen,

L. 5. D. qui teſtament. fac. poſſ.

L. 4. C. eodem.

 allein

allein keinen unwiederruflichen Vertrag unter Lebendigen in Anſehung ihrer Güter ohne Einwilligung ihres beſtellten curatoris errichten mögen,

L. 3. C. de in integr. reſtit.

deſſen Beſtellung nach Verordnung der Reichsgeſetze

Rec. Imp. de ann. 1577. *tit.* 32. §. 1.

bey allen Minderjährigen nothwendig iſt, weswegen dieſe von der Titia durch ein verbindliches Verſprechen und durch einen unwiederruflichen Vertrag beſtätigte Diſpoſition in Anſehung derſelben um ſo weniger für kräftig und verbindlich zu halten, je ohnſtreitiger ihr gegen dieſes Verſprechen, wenn es auch als ipſo iure null und nichtig nicht angeſehen werden möchte, dennoch, da ſie noch nicht 29 Jahre alt iſt, die Rechtswohlthat der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zuſtehen müßte;

12 Ueberdem auch 4) beſonders in dem Fall, wenn Titia zu einer zweyten Ehe ſchreiten, und in derſelben Kinder erzeugen ſollte, auf welchen Fall Caius in ſeinem Teſtament die Vorſicht gebraucht, zu ihrem Nachtheil zu diſponiren, ihre im vorgelegten Teſtament zum Beſten ihrer Stiefkinder gemachte Diſpoſition noch aus weiteren Gründen den Rechten nach für beſtändig nicht gehalten werden könnte, immaßen a) Titia in ihrem Teſtament ausdrücklich declariret, daß zuförderſt ihre künftigen Kinder, die der Natur nach ihre alleinige Erben ſeyn würden, ihre Erben ſeyn und bleiben ſollten, und daher Caium und deſſen Kinder ausdrücklich bloß auf den Fall, wenn ſie leibliche Kinder nicht nachlaſſen ſollte, zu Erben ernannt, einfolglich ihre Stiefkinder nicht ſchlechterdings, ſondern nur unter dieſer ausdrücklichen Bedingung eingeſetzet, und dieſe Bedingung, wenn ſie gleich nach den Worten des Teſtaments nur die Kinder erſterer Ehe angiebt, dennoch nach der Natur und zureichend geäuſſerten Abſicht der Titiae auch auf die Kinder einer weiteren Ehe erſtreckt werden muß, cum in conditionibus teſtamentorum voluntatem potius quam verba conſiderari oporteat,

L. 101. *pr. D. de condit. et demonſtrat.*

13 weniger nicht b) wenn auch das Gegentheil behauptet, und der Titiae die unnatürliche Abſicht, durch ihre Stiefkinder ihre künftige leibliche Kinder einer weiteren Ehe gänzlich von ihrer Erbſchaft auszuſchließen, angedichtet werden möchte, dennoch ein ſolches Teſtament zum Nachtheil der nachher erzeugten Kinder keinesweges beſtehen mag, ſondern

dieſe

dieſe Kinder als übergangene Poſtumi ein ſolches unbilliges mütterliches Teſtament entweder rumpiren, oder doch per querelam inofficioſi reſcindiren würden,

L. 27. §. fin. D. de inoffic. teſtam.

auch c) wenn der Titiae Diſpoſition nicht nach den Regeln eines 14
Teſtaments, ſondern eines unwiederruflichen Vertrages unter Lebendigen beurtheilet, und als ein ſolcher an ſich für rechtsbeſtändig gehalten werden möchte, dennoch nicht nur den Kindern derſelben das Recht zuſtehen würde, denſelben per querelam donationis inofficioſae zu reſcindiren,

L. 1. C. de donat. inofficioſ.

ſondern auch ſelbſt Titia dieſen Vertrag ex capite ſuperuenientiae liberorum zu reſcindiren für befugt zu halten;

L. 8. C. de reuocand. donat.

Und endlich 5) aus der ganzen Sache offenbar am Tage lieget, daß Caius gegen Titiam nicht bonam fidem beobachtet, ſondern bloß die Abſicht gehabt, ſich und ihren Stiefkindern faſt ihr ganzes Vermögen auf eine liſtige Art gegen ihre wahre Abſicht zu verſichern;

Als ſind wir der rechtlichen Meinung:

Daß Titia durch dieſes Teſtament ſo wenig überhaupt, als beſon- 15
ders in dem Fall, wenn ſie aus einer zweyten Ehe Kinder erzeugen ſollte, für gebunden zu halten, dannenhero dieſelbe wohl befugt, daſſelbe nach Belieben durch ein anderweitiges Teſtament wieder aufzuheben, wobey zur Sicherheit der Titiae für rathſam zu halten, das Capital ihres Brautſchatzes von 2000 Rthlr. von ihren Stiefkindern als von den Erben des Caii durch eine Klage gerichtlich zurück zu fordern, in dieſer Klage zugleich den Vorſatz von dieſem nachtheiligen Teſtament abzugehen, anzuführen, und zu bitten, daß ihr dieſe Befugniß gegen ihre Stiefkinder zuerkannt, und zu dem Ende die im Ende des vorgelegten Teſtaments befindliche Abrede mit Caio entweder als in Anſehung der Stiefkinder an ſich unkräftig, oder gar null und nichtig erklärt, oder Titia wenigſtens dagegen wegen der damaligen Minderjährigkeit in integrum reſtituiret werde. Von Rechts wegen.

CON-

CONSILIVM LXXXV.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Si quis in vna propoſitione filium ſuum et nepotes, qui ſunt, ex eo haeredes inſtituit; haec inſtitutio nepotum pro ſimultanea, non autem pro ſucceſſiua, ſeu ſubſtitutione eſt capienda.

II. Subſtitutio, ſi qua adeſt, in caſu dubio pro directa potius quam fideicommiſſaria eſt adcipienda.

III. Si quis iuxta cum aliis nomine collectiuo deſignatis in vna propoſitione ad haereditatem vocatur; is non pro parte virili, ſed dimidia ad ſucceſſionem vocatus cenſendus eſt.

IV. Pater bona filiorum aduentitia ordinaria pro ſua ſolius vtilitate alienare valide nequit.

V. Filius naturalis, ſi vel vxor adeſt ad haereditatem patris ab inteſtato admitti non debet.

VI. Error etiam inuincibilis tertio innocenti nullo modo fraudi eſſe poteſt. Hincque creditoribus, qui filium cum nepotibus haeredem a patre ſuo inſtitutum eſſe ignorarunt, ipſum pro haerede ex aſſe habuerunt, ideoque plus ſua dimidia crediderunt, ex hoc errore nullum ius in dimidia nepotum naſci poteſt.

VII. Praedia minorum, atque bona liberorum aduentitia non longo ſed longiſſimo demum tempore praeſcriptione poſitis terminis habilibus adquiri poſſunt.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.

Quaeſtio prima. n. 2.

Proponuntur argumenta eorum, qui in caſu, vbi pater cum filiis ad haereditatem vocatus eſt, ſubſtitutionem filiorum, non autem inſtitutionem ſimultaneam admittendam volunt. n. 3.

Argu-

Argumenta, quae euincunt ſubſtitutionem, ſi qua adeſſet, directam cenſeri debere non fideicommiſſariam. n. 4.
Inſtitutio filii et nepotum in vna propoſitione facta docetur eſſe ſimultanea, ſeu coniunctio mixta. n. 5.
Refutatio argumentorum pro contraria ſententia adductorum. n. 6.
Naturalis filius eiusque deſcendentes, ſi vxor legitima adeſt, ab inteſtato patri non ſuccedit. n. 7.
Deciſio quaeſtionis primae. n. 8.
Quaeſtio ſecunda. n. 9.
Plures haeredes ſine partibus ſcripti aequaliter ſuccedunt. n. 10.
Sed ſi Caius cum aliis nomine collectiuo comprehenſis ad hereditatem vocatur partem dimidiam capit. n. 11.
Niſi ex circumſtantiis de contraria teſtatoris voluntate conſtet. n. 12.
Deciſio quaeſtionis ſecundae. n. 13.
Quaeſtio tertia. n. 14.
Pater in bonis filiorum aduentitiis maiore poteſtate gaudet, quam tutor in bonis pupillorum. n. 15.
Neque tamen haec poteſtas eo vsque extendi poteſt, vt haec bona contra vtilitatem liberorum poſſit alienare. n. 16.
Deciſio quaeſtionis tertiae. n. 17.
Quaeſtio quarta. n. 18.
Argumenta, quae videntur facere ad id, vt filius naturalis in dato caſu exiſtimari poſſit haeres legitimus. n. 19.
Refutatio horum argumentorum. n. 20.
Deciſio quaeſtionis quartae. n. 21.
Quaeſtio quinta. n. 22.
Argumenta, ex quibus creditores in dato caſu videntur ex tota haereditate ſolutionem nominum petere poſſe. n. 23.
Creditores errarunt in iure, dum filium naturalem relicta vxore legitima eſſe haeredem patris ſui ab inteſtato opinati ſunt. n. 24.
Error creditorum, licet inuincibilis, nepotibus tamen cum filio haeredibus inſtitutis nocere nequit. n. 25.
Deciſio quaeſtionis quintae. n. 26.
Quaeſtio ſexta. n. 27.
Qui rem immobilem a non domino bona fide et iuſto titulo adquiſivit, regulariter longo tempore eam praeſcriptione adquirit. n. 28.
Liberis, quorum bona aduentitia a patre ſunt alienata, ante liberationem a patria poteſtate bona illa vindicare non licet; hincque praeſcriptio contra eos non currere incipit, niſi a momento liberationis a poteſtate patria. n. 29.
Ad praeſcriptionem bonorum minorum, item bonorum aduentitiorum leges longiſſimum tempus requirunt. n. 30.
Deciſio quaeſtionis vltimae. n. 31.

Als uns nachſtehende Geſchichtserzehlung nebſt angehängten Rechtsfragen zugeſendet, und wir darüber unſer in Rechten gegründetes Gutachten zu ertheilen gebeten worden;

Demnach erachten wir nach fleiſſiger deren Verleſung und collegialiter gepflogener Erwägung den Rechten gemäß zu ſeyn:

1 Hat Iohann H. ſenior, in Oſtindien, wo er ſich aufgehalten und ſeine Güter hauptſächlich erworben, mit einer dortigen Landeseinwohnerin, als mit ſeiner Beyſchläferin, einige Kinder erzeuget, darauf ſeine dortige Concubine verlaſſen, die mit ihr erzeugten Kinder aber mit ſich genommen, ſich im O. niedergelaſſen, daſelbſt ein Landgut gekauft, und ſich verheirathet, ohne jedoch mit dieſer rechtmäßigen Ehefrau Kinder erzeugt zu haben.

Nachdem deſſen natürlicher Sohn Iohann H. iunior, deſſen übrige Geſchwiſter vor ihrem Vater unbeerbt verſtorben, ſich im O. verheirathet, und verſchiedene eheliche Kinder erzeuget; hat deſſen Vater Iohann H. ſenior den 18. Dec. 1761 ein Teſtament errichtet, und bald darauf mit dem Tode beſtätiget, worinn 1) im §. 3. folgende Erbeinſetzung enthalten:

> ſetze ich nunmehro zu meine einzige und wahre Erben meiner ſämmtlichen Verlaſſenſchaft an liegenden Gründen und fahrender Habe, ſie beſtehen worinnen, und haben Namen, wie ſie wollen, nicht das geringſte davon ausbeſchieden, in der beſtändigſten und bündigſten Form Rechtens ein meinen Sohn Iohann H. den jüngeren, und deſſen jetzige und künftige eheliche Kinder, daß dieſelben gedachte meine zeitliche Güter und Nachlaß nach meinem Tode zu ewigen Erben eigenthümlich haben und beſitzen ſollen,

ferner 2) im §. 4. und 5. der Wittwe des Teſtatoris und nach deren Abſterben der Schweſter deſſelben der völlige Nießbrauch der ſämmtlichen Güter vermacht, und 3) im §. 6. verordnet worden, daß, wenn nach Abſterben ſeines Sohns Iohann H. des jüngern deſſen kleiner Sohn, auch Iohann genannt, im Leben und zur Führung einer Landeshaushaltung geſchickt ſeyn würde, derſelbe vor allen ſeinen alsdenn etwa übrigen

übrigen Geſchwiſtern zum dereinſtigen Beſitzer der Hofſtelle auserſehen und ernannt ſeyn ſollte.

Als hierauf Iohann H. iunior nach Abſterben ſeines Vater und bald darauf erfolgtem Ableben ſeiner mit dem Nießbrauch der Güter bedachten Stiefmutter und Vaters Schweſter als Erbe ex teſtamento die väterlichen Güter in Beſitz genommen, und für den einzigen Erben ſeines Vaters in dieſen Gütern gehalten worden; hat derſelbe auf dieſe Güter viele dem Werth derſelben faſt gleichkommende Schulden contrahiret, wodurch er genöthiget worden die Grundſtücke für 6000 Rthlr. zu verkaufen, und die erforderliche öffentliche Bekanntmachung dieſes Verkaufs und Vorladung derjenigen, die an die verkauften Güter etwa einen Anſpruch machen möchten, zu ſuchen.

Wie bey dieſer Gelegenheit das Vormundſchaftliche Gericht das Teſtament ſeines Vaters genauer nachgeſehen und gefunden, daß dem Anſchein nach Iohann H. iunioris jetzige noch insgeſammt unmündige, auch künftige Kinder wenigſtens zu Miterben ſeiner väterlichen Verlaſſenſchaft eingeſetzt worden, zu deren Nachtheil er dieſe Erbſchaft nicht weiter, als ſein Antheil reichet, mit Schulden beſchweren mögen; iſt von Gerichts wegen den unmündigen Kindern ein curator beſtellet worden, der ihre Gerechtſame in dieſer Sache beſorgen ſoll; Und entſtehen daher folgende Fragen:

Erſte Frage:

Ob die Kindeskinder des Teſtatoris Iohann H. ſenioris nach dem Inhalt des Teſtaments deſſelben als inſtituirte Miterben ihres Vaters, denen an der großväterlichen Erbſchaft ein condominium zuſteht, oder als demſelben ſubſtituirte Erben anzuſehen? 2

Ob nun wohl A) die in dem in Frage ſtehenden Teſtament enthaltene Erbeseinſetzung des Sohns und deſſen jetziger und künftiger ehelichen Kinder nicht für eine inſtitutionem heredum ſimultaneam, ſondern ſucceſſiuam, nämlich für eine bloße Subſtitution gehalten werden möchte; 3

angeſehen 1) wenn gleich der Teſtator ſeinen Sohn und deſſen jetzige und künftige eheliche Kinder zu Erben eingeſetzt, derſelbe dennoch nicht ausgedrücket, ob dieſe Kinder ſeiner Abſicht nach zugleich mit ihrem

Vater als Miterben deſſelben, oder allererſt nach ihrem Vater als demſelben ſubſtituirte Erben zur Erbſchaft zuzulaſſen;

weswegen 2) da ſecundum legem charitatis der eingeſetzte Vater den Vorzug vor ſeinen Kindern hat, dieſe Erbeseinſetzung in dubio ſo zu erklären seyn möchte, daß die ehelichen Kinder des eingeſetzten Vaters nicht mit ihm zugleich, ſondern allererſt nach ihm ſuccediren ſollen; aus welchem Grunde des ordinis charitatis verſchiedene Rechtslehrer behaupten wollen, daß, wenn auch ein Teſtator ſeinen Bruder und deſſen Kinder zu Erben ernannt, die Kinder nicht mit dem Vater, ſondern erſt nach dem Vater für eingeſetzt zu halten;

BARTOLVS *ad L.* 29. §. 1. *D. de lib. et poſtum. hered.*

MENOCHIVS *Lib.* 4. *praeſumt.* 70. *n.* 24.

Et plures Doctores laudati a MANTICA *de coniectur. vlt. volunt. Lib.* 4. *Tit.* 9. *Nr.* 17.

Wozu noch kömmt 3) daß im gegenwärtigen Fall der Teſtator ſeinen Sohn und deſſen eheliche Kinder zu Erben ernannt, in welchem Fall ob ordinem neceſſitatis cum ordine charitatis concurrentem nach einer gemeinen Meinung der Rechtsgelehrten die Erbeinſetzung pro inſtitutione ſucceſſiua, und nicht pro ſimultanea zu halten; copula ex veroſimili voluntate mutat propriam naturam et ſignificationem: et ea quidem, quae ex diſpoſitione legis vindicant ſibi locum ordine ſucceſſorio, ſi ab homine copulantur, ad intellectum iuris debent referri, ſi veroſimilis et rationabilis voluntas diſponentis concurrat;

MANTICA *de coniect. vltim. volunt. Lib.* 4. *tit.* 9. *Nr.* 1. *ſqq.*

CLAVRS *Lib.* 3. *ſententiar.* §. *teſtament. quaeſt.* 80. *Nr.* 5.

FVSARIVS *de ſubſtitut. Part.* 2. *quaeſt.* 476. *Nr.* 2. *ſqq.*

MENOCHIVS *Lib.* 4. *Praeſumt.* 70. *Nr.* 2. *ſqq.*

4 Hiernächſt B) die in dieſer Erbeseinſetzung etwa enthaltene Subſtitution der jetzigen und künftigen ehelichen Kinder des zum Erben eingeſetzten Sohnes nicht für eine ſubſtitutionem fideicommiſſariam, wodurch deſſen Kinder an der großväterlichen Erbſchaft ein ius quaeſitum erhalten, ſondern für eine bloße ſubſtitutionem directam vulgarem zu halten seyn, und ſolche daher durch die vom Vater der Enkel geſchehene

hene Antretung der Erbſchaft ihres Großvaters für erloſchen angeſehen werden möchte;

L. 5. C. de impub. et al. ſubſtitut.

indem 1) der Teſtator durch die Worte: "meinen Sohn und deſſen „jeßige und künftige Kinder," ſeine Enkel und ſeinen Sohn vno contextu mit einerley Worten, mithin als heredes directos eingeſeßet;

Auch 2) eine ſubſtitutio in teſtamento facta in dubio pro directa, und nicht pro fideicommiſſaria gehalten wird;

C. 1. de teſtament. in 6.

STRYK *de caut. teſtament. Cap.* 18. *membr.* 1. §. 5.

Beſonders 3) da eine ſubſtitutio fideicommiſſaria als eine für den Erben odiöſe Diſpoſition in dubio präſumiret wird;

CRAVETTA *conſil.* 61. *Nr.* 9.

und daher 4) auch die angeführten Rechtslehrer, welche dergleichen Einſeßung von einer Subſtitution erklären, dieſe Subſtitution für eine bloße ſubſtitutionem directam vulgarem halten wollen,

MANTICA *loc. cit.*

CLARVS *loc. cit. Nr.* 4.

FVSARIVS *loc. cit.*

MENOCHIVS *loc. cit. Praeſumt.* 71. *nr.* 2.

Dennoch aber und deiweil 1) der Teſtator im gegenwärtigen Fall, ſeinen Sohn Iohann H. iuniorem und deſſen jeßige und künftige eheliche Kinder ſchlechtweg ohne eine weitere Beſtimmung in einer Propoſition zu Erben ernannt, dergleichen Erbeseinſeßung in einer Propoſition durch das Bindewort und ſchlechtweg verbunden worden, bekannten Rechten nach eine coniunctio mixta iſt; cum non dubium ſit, quin coniuncti ſint, quos et nominum et rei complexus iungit,

L. 142. D. de verb. ſignific.

vermöge deren überhaupt die benannten Perſonen als ſolche coniuncti heredes, oder coheredes, welche inſtitutione ſimultanea eingeſeßt worden, und zugleich pro partibus ſuccediren ſollen, nach der Abſicht des Teſtatoris anzuſehen,

 §. 6.

§. 6. I. de hered. inſtit.

L. 9. §. 12. D. eodem.

natura enim copulae eſt, vt coniuncti aequaliter admittantur;

MANTICA *de coniect. vlt. volunt. Lib. 4. tit. 9. nr. 20.*

Ferner 2) dieſe natürliche Erklärung einer ſolchen Verbindung nicht nur bey ſolchen Perſonen ſtatt findet, welche nicht als Eltern und Kinder mit einander verknüpft ſind, ſondern auch nach Maßgabe klarer Geſetze auf den Fall zu erſtrecken, wenn ein Teſtator im letzten Willen die Eltern und deren Kinder auf ſothane Weiſe mit einander verbunden hat;

L. 8. D. de vſufr. accreſcendo.

L. f. C. de impub. et al. ſubſtit.

Auch 3) dieſe allgemeine Regel in dem beſonderen Falle, wenn ein Teſtator ſeinen eigenen Sohn und deſſen Kinder in der Erbeseinſetzung auf dieſe Weiſe verbunden, nicht nur nirgends in Geſetzen eingeſchränkt, ſondern vielmehr ausdrücklich beſtätiget, und die mit dem Sohn eingeſetzten Enkel für Miterben des Sohns ausdrücklich erkläret worden;

L. 88. §. 15. D. de legat. 2.

6 Und 4) dieſe natürliche und geſetzliche Erklärung der in Frage ſtehenden Erbeseinſetzung durch dasjenige, was dagegen in den Zweifelsgründen angeführet worden, auf keine Weiſe entkräftet werden mag;

anerwogen quoad 1) der Teſtator vermöge der angeführten Rechtsgründe durch die coniunctionem mixtam ſeines Sohns und deſſen Kinder ſeine Abſicht, daß ſeine Enkel nebſt ſeinem Sohne ihm zugleich als wirkliche Miterben ihres Vaters ſuccediren ſollen, zureichend ausgedrücket, und daher von dieſem natürlichen Sinn der deutlichen Worte nicht abgegangen werden mag; non aliter a ſignificatione verborum recedi oportet, quam cum manifeſtum eſt, aliud ſenſiſſe teſtatorem,

L. 69. pr. D. de legat. 3.

auch das Gegentheil aus den angeführten Gründen mit Beſtande Rechtens nicht zu ſchließen,

immaßen

immaßen quoad 2) der aus dem ordine charitatis hergenommene Grund einer ſucceſiven Succeſſion a) zwar in der Erbfolge ab inteſtato eintritt, allein bey einer teſtamentariſchen Diſpoſition, vbi prouiſio hominis facit ceſſare prouiſionem legis, gegen den klaren Willen eines teſtatoris nicht Platz haben mag, auch b) nirgends in Geſetzen als ein Grund, woraus die coniunctio mixta bey Eltern und Kindern von einer bloßen Subſtitution zu erklären, angegeben worden, daher auch c) von den bewährteſten Rechtsgelehrten in dem Fall, wo Eltern nebſt ihren Kindern eingeſetzt worden, verworfen wird;

SVRDVS *Deciſ.* 346. *nr.* 3.

FVSARIVS *de ſubſtitut. Part.* 2. *quaeſt.* 476. *n.* 31. *ſqq.*

CLARVS *loc. cit. nr.* 3.

MANTICA *loc. cit. n.* 19. *ſqq.*

FABER *in Cod. Lib.* 6. *tit.* 8. *def.* 7.

CARPZOV *Part.* 3. *conſt.* 8. *def.* 7.

Und gleichergeſtalt quoad 3) der im gegenwärtigen Fall ex ordine neceſſitatis hergenommene Grund einer ſucceſſiven Succeſſion a) an ſich ganz unerheblich iſt, indem in einem Teſtament des Vaters die inſtitutio neceſſaria eines Kindes die inſtitutionem voluntariam einer Perſon, die mit dem Kinde ſonſt nicht ſuccediret haben würde, einfolglich auch der Enkel von einem eingeſetzten Kinde, im geringſten nicht ausſchließen mag,

§. 7. *I. de pupill. ſubſtit.*

L. 10. *pr.* §. 3. *D. de vulg. et pupill. ſubſtit.*

zumalen die Enkel in der Succeſſion des Großvaters ſogar ab inteſtato mit ihrem Vater iure praetorio zuweilen concurriren,

L. 1. *pr.* §. 1. *D. de coniungend. cum emancip. lib.*

auch gleichfalls b) nirgends in Geſetzen als ein Grund, woher bey Deſcendenten die coniunctio mixta für eine bloße Subſtitution zu halten, angegeben worden, mithin c) durch die in Rechten keinesweges gegründete Meinung der dafür angeführten Rechtsgelehrten für begründet nicht gehalten werden kann, überdem auch d) im gegenwärtigen Fall 7 keine Anwendung haben mag, da ſo wenig Iohann H. iunior, wie ein

mit

mit einer Concubine erzeugter Sohn des Vaters, der eine rechtmäßige Ehefrau nachgelaſſen,

Nov. 89. *c.* 12. §. 4.

als deſſen Kinder wie Enkel dem Teſtatori ab inteſtato zu ſuccediren befugt geweſen ſeyn würden,

L. 12. *C. de natur. liber.*

mithin die vom Teſtatore geſchehene Inſtitution deſſelben und deſſen Kinder nicht nach den Regeln einer inſtitutionis neceſſariae, die ex ordine neceſſitatis geſchehen, ſondern einer bloßen inſtitutionis voluntariae zu beurtheilen ſeyn würde;

Als halten wir in Rechten dafür:

8 Daß die Kindeskinder des Teſtatoris Iohann H. ſenioris nach dem Inhalt des Teſtaments als inſtituirte Miterben ihres Vaters, und nicht als demſelben bloß ſubſtituirte Erben anzuſehen.

Zweyte Frage:

9 Ob Iohann H. iunior, wenn ſeine Kinder als ſeine Miterben anzuſehen; pro parte dimidia, oder pro parte virili mit ſeinen Kindern des Teſtatoris Erbe geworden?

10 Ob nun zwar 1) eine Erbſchaft, die mehreren coheredibus vna propoſitione coniunctis ohne Beſtimmung ihrer Theile nachgelaſſen worden, der Regel nach denſelben allen zu gleichen Theilen zufällt;

§. 6. *I. de hered. inſtit.*

L. 9. §. 12. *D. eodem.*

Auch 2) dieſe Regel in dem Fall, wo ein teſtator mehrere Perſonen nomine collectiuo mit einer benannten Perſon in der Diſpoſition verbunden, ihre Anwendung haben kann;

L. 88. §. 6. *D. de legat.* 2.

Und daraus, daß im gegenwärtigen Fall, wo der teſtator ſeinen Sohn und deſſen jetzige und künftige Kinder zu Erben ernannt, der eingeſetzte Sohn und deſſen Kinder pro partibus virilibus et aequalibus Erben des Teſtatoris geworden, geſchloſſen werden möchte;

Dennoch

Dennoch aber und dieweil 1) eine Erbſchaft, die mehreren Perſonen in einer Propoſition ohne Beſtimmung ihrer Theile nachgelaſſen worden, denſelben nur ſodann zu gleichen Theilen zufällt, wenn ſelbige vom teſtatore auf gleiche Weiſe ausgedrückt worden, und in dem Fall, wo der Teſtator mit einer benannten Perſon mehrere Perſonen, die nomine collectiuo ausgedrückt worden, verbunden, dieſe nomine collectiuo exprimirten Perſonen für eine Perſon gehalten werden, zwiſchen welcher und der andern benannten Perſon die Erbſchaft in zwey gleiche Theile getheilt werden ſoll; 11

L. 11., L. 13., pr. D. de hered. inſtit.

L. 9. D. de vſufr. accreſcend.

L. 9. D. de vulg. et pupill. ſubſtit.

L. f. C. de impub. et al. ſubſtit.

Und 2) von dieſer Regel zwar durch eine zwiſchen den ſämmtlichen Miterben zu gleichen Theilen angenommene Vertheilung der Erbſchaft eine Ausnahme in dem Fall zu machen, wo aus vorkommenden Umſtänden dieſe Abſicht des Teſtatoris deutlich erhellet, dergleichen Abſicht in dem angeführten 12

L. 88. §. 6. D. de legat. 2.

aus dem angegebenen Zweck des teſtatoris, die Sache denen, ſo zur Familie gehörten, ſo lange einer von ihnen noch vorhanden ſeyn würde, nachzulaſſen, zu ſchließen,

CVIACIVS *ad Lib. 3. reſponſ. Scaeuolae ad h. leg.*

allein zu dieſen Umſtänden der gegenwärtige Fall, wo der Teſtator einen Vater und deſſen Kinder zu Erben ernannt, den Rechten nach nicht zu rechnen,

L. f. C. de impub. et al. ſubſtitut.

ſondern in ſolchem Fall nach der Regel die Erbſchaft dem Vater zur Hälfte, und den Kindern zur andern Hälfte billig zufällt;

FABER *in Cod. Lib. 6. tit. 8. def. 7.*

CARPZOV *Part. 3. conſt. 8. def. 7. Nr. 2.*

Als ſind wir der rechtlichen Meinung:

13 Daß nach dem Teſtament des Teſtatoris die Erbſchaft dem Sohn Iohann H. iuniori zur Hälfte, und deſſen Kindern zur andern Hälfte zugefallen.

Dritte Frage:

14 Ob Iohann H. iunior als Miterbe ſeiner Kinder auf die ihm zugefallene Erbſchaft mehrere Schulden, als ſein Antheil beträgt, zu contrahiren befugt geweſen?

15 Ob nun zwar einem Vater vermöge der ihm zuſtehenden väterlichen Gewalt an den bonis aduentitiis ordinariis ſeiner Kinder, wohin die denſelben zugefallenen Erbſchaften zu rechnen, ein ungleich größeres Recht, als einem Vormunde an den Gütern ſeiner Pflegbefohlnen, zuſtehet, indem er nicht nur von der Nothwendigkeit eines zu errichtenden inuentarii und eines zu leiſtenden Vorſtandes, ſondern auch von der Verbindlichkeit, den Kindern von der geführten Adminiſtration Rechnung abzulegen, und die erhaltenen Aufkünfte der Güter ihnen herauszugeben, befreyet iſt,

L. f. §. 4. C. de bon. quae lib.

Und hieraus Iohann H. iunior als Miterbe ſeiner Kinder auf die ihm zugefallene Erbſchaft mehrere Schulden, als ſein Antheil beträgt, zu contrahiren befugt geweſen, geſchloſſen werden möchte;

16 Dieweil aber dennoch ein Vater vermöge des ihm an den bonis adventitiis ordinariis ſeiner Kinder zuſtehenden Rechts dieſe Güter keinesweges als ſeine eigene, worüber er nach ſeinem Belieben durch eine willkührliche Veräuſſerung und Verpfändung zu diſponiren berechtiget, anſehen mag, ſondern ſolche vielmehr als Güter, die dem Eigenthum nach ſeinen Kindern gehören, und woran ihm nur das Recht der Verwaltung und des Nießbrauchs zuſtehet, anſehen muß, dannenhero auch nur in ſo fern von dieſen Gütern etwas veräuſſern und verpfänden darf, als dieſe Veräuſſerung und Verpfändung zum Beſten der Kinder für nöthig zu halten, und eine jede anderweitige eigenmächtige Veräuſſerung und Verpfändung dieſer Güter für gültig und zu Recht beſtändig nicht geachtet werden mag:

L. f. §. 5. C. de bon. quae liber.

Als

Als gehet unſere rechtliche Meinung dahin:

Daß Iohann H. iunior als Miterbe ſeiner Kinder auf die ihm 17
zugefallene Erbſchaft mehrere Schulden, als ſein Erbtheil betra-
gen, zu contrahiren nicht befugt geweſen.

Vierte Frage:

Ob Iohann H. iunior als ein heres legitimus ſeines Vaters wohl 18
angeſehen werden mögen?

Ob nun gleich Iohann H. iunior bey ſeinem Vater als ein rechtmäßi- 19
ges aus erſterer Ehe erzeugtes Kind im Hauſe gehalten und erzogen worden;

Auch 2) ſein Vater ihn als einen ehelichen Sohn im Teſtament zum Erben ernannt;

Und 3) bey ſeinem Abſterben keine mit der Ehefrau, als der Stiefmutter dieſes Sohns, erzeugte Kinder nachgelaſſen;

Und bey dieſen Umſtänden Iohann H. iunior, wenn ſein Vater ohne Teſtament geſtorben wäre, als deſſen heres legitimus angeſehen werden möchte;

Dennoch aber und dieweil 1) in facto nicht bezweifelt wird, daß 20
Iohann H. iunior blos ein natürlicher Sohn ſeines Vaters geweſen, den dieſer in Oſtindien mit einer dortigen Concubine erzeuget;

Ferner 2) in facto nicht angegeben worden, daß deſſen Vater bey ſeinen Lebzeiten ihn per reſcriptum Principis rite legitimiren laſſen;

Auch 3) der Umſtand, daß ſein Vater ihn wie ein eheliches Kind im Hauſe gehalten und erzogen, auch im Teſtament zum Erben ernannt, den Rechten nach kein modus legitimandi iſt, wodurch er die Rechte eines ehelichen Kindes erhalten mögen;

Und 4) natürliche Kinder, als natürliche, ihres Vaters legitimi heredes ex aſſe niemals werden, ſondern demſelben blos in dem Fall, wenn der Vater keine eheliche Kinder und keine Ehefrau nachgelaſſen, in ſextante ſuccediren können,

Nov. 89. *c.* 12. §. 4.

Dieſer Fall aber 5) bey Iohann H. juniore nicht eingetreten, da ſein Vater zwar keine eheliche Kinder, allein doch eine eheliche Witwe nachgelaſſen;

Als gehet unſere rechtliche Meinung dahin:

21 Daß Iohann H. junior als ein heres legitimus ſeines Vaters nicht angeſehen werden mögen.

Fünfte Frage:

22 Ob den Gläubigern, die ihren Schuldner Iohann H. juniorem für einen Univerſalerben ſeines Vaters gehalten, und in dieſer Meinung auf die ganze Erbſchaft creditiret, ihr Irrthum ſchaden könne, da einestheils ſie von keinem Teſtament etwas gewußt, und ihren Schuldner für einen heredem legitimum ſeines Vaters ab inteſtato gehalten, anderntheils wenn ſie auch von dem Teſtament etwas gewußt hätten, dennoch ihr Schuldner auch nach dortigem Herkommen als ein legitimus curator ſeiner Kinder anzuſehen?

Ob nun wohl die Gläubiger behaupten möchten, daß, da ſie ihren Schuldner Iohann H. juniorem für einen Univerſalerben ſeines Vaters gehalten, und in dieſer Meinung auf die ganze Erbſchaft creditiret, dieſer ihr Irrthum ihnen in Anſehung der geſuchten völligen Befriedigung aus der Erbſchaft nicht ſchaden könne,

23 angeſehen 1) ſie von dem vorhandenen Teſtament ſeines Vaters nichts gewußt, und ihn daher für den einzigen heredem legitimum ſeines Vaters gehalten;

Auch 2) wenn ſie von einem vorhandenen Teſtament einige Nachricht gehabt hätten, dennoch der Inhalt deſſelben, daß die Kindeskinder Miterben ihres Vaters seyn ſollen, ihnen nicht bekannt gemacht worden;

Ueberdem 3) wenn ſie auch dieſes gewußt hätten, ſie doch ihren Schuldner auch in Anſehung des den Kindern gebührenden Theils der Erbſchaft als einem legitimum adminiſtratorem anſehen dürfen, deſſen facta die Kinder den Rechten nach zu präſtiren verbunden;

Dieweil

Dieweil aber dennoch 1) aus der Beantwortung der vierten Frage 24
erhellet, daß die Gläubiger ihren Schuldner als einen heredem legitimum ſeines Vaters anzuſehen keine rechtliche Urſache gehabt, ein⸗ folglich, wenn ſie ihm als einem Univerſalerben auf die väterliche Erbſchaft creditiren wollen, ſie zuförderſt, ob und in wie fern er von ſeinem Vater zum Erben eingeſetzt worden, ſich hätten erkundigen ſollen, mithin der vorgeſchützte Irrthum pro iuſto nicht gehalten wer⸗ den mag;

Hiernächſt 2) wenn ſie auch ihren Irrthum beſſer, als geſchehen, 25
zu entſchuldigen vermögend ſeyn möchten, dennoch auch ein iuſtus error eines Contrahenten einem unſchuldigen Dritten, wie hier den Kindern, in Anſehung ſeines Rechts auf keine Weiſe nachtheilig ſeyn mag, ſon⸗ dern natürlich dem erranti ſchadet, cum, qui cum alio contrahit, vel eſt vel debet eſſe non ignarus conditionis eius;

L. 19. D. de reg. iur.

Und 3) aus der Beantwortung der dritten Frage zu erſehen, daß der Schuldner Iohann H. iunior, wenn er gleich ein legitimus adminiſtrator des ſeinen Kindern zugefallenen Antheils der Erbſchaft geweſen, dennoch dieſen ſeinen Kindern gehörigen Antheil für ſich durchzubrin⸗ gen und zu verſchulden keinesweges befugt geweſen, mithin die Kinder deſſen factum in ſo fern zu präſtiren nicht gehalten ſind;

Als erachten wir für Recht:

Daß der vorgegebene Irrthum der Gläubiger, daß ihr Schuld⸗ 26
ner Iohann H. iunior ſeines Vaters Univerſalerbe ſey, oder auch als legitimus adminiſtrator der Güter ſeiner Kinder deren Erb⸗ theil wohl für ſich verſchulden könne, wohl den Gläubigern, aber nicht den Kindern ſchaden möge.

Sechſte Frage:

Ob Kinder des jüngeren H. die von dieſem vor länger als 27
10 Jahren veräuſſerten Grundſtücke, welche zu der in Frage ſtehenden Erbſchaft gehöret, für ihren Antheil noch vindiciren können?

28 Ob nun wohl unſtreitigen Rechtens iſt, daß nach der Regel ein Beſitzer einer unbeweglichen Sache, die er bona fide und iuſto titulo a non-domino erhalten, gegen den Eigenthümer, wenn er im Lande gegenwärtig iſt, nach Verlauf von 10 Jahren, und wenn er abweſend iſt, nach Verlauf von 20 Jahren dieſes Grundſtück per continuatam poſſeſſionem bonae fidei praeſcriptione adquiſitiua ordinaria in der Maße adquiriret, daß ſolche durch eine Reivindication ihm nicht weiter abgefordert werden mag;

L. fin. C. de praeſcript. long. temp.

Und hieraus, daß die Kinder des jüngeren H., die von ihrem Vater vor länger als 10 Jahren veräuſſerten Grundſtücke für ihren Antheil nicht weiter vindiciren könnten, geſchloſſen werden möchte;

29 Dennoch aber und dieweil 1) die in Rechten vorgeſchriebene Zeit der Verjährung billig von dem Zeitpunct angerechnet werden muß, wo derjenige, dem die Verjährung entgegen geſetzt wird, hat Klage erheben können, cum non valenti agere nulla currat praeſcriptio,

L. 1. §. 2. C. de annal. except.

mithin, da Kinder wegen ihrer bonorum aduentitiorum, ſo lange ſie unter der väterlichen Gewalt ſtehen, für ſich nicht klagen mögen,

L. f. §. 3. C. de bon. quae lib.

dieſen die Verjährungen auch erſt von dem Zeitpunct an laufen kann, da ſie von der väterlichen Gewalt befreyet worden;

c. L. 1. §. 2. C. de annal. except.

30 Hiernächſt 2) die Regel der praeſcriptionis longi temporis nicht nur gegen Minderjährige nicht ſtatt hat,

L. 3. C. quib. non obiicit. long. temp. praeſcript.

ſondern auch überdem bey dem bonis aduentitiis der Kinder nicht eintreten mag,

L. 1. C. de bon. matern.

zu deren Verjährung ſchon an ſich eine Zeit von 30 Jahren erfordert wird;

Auth. niſi tricennale C. eodem.

Als erachten wir den Rechten gemäß zu ſeyn:

Daß die Kinder des jüngeren H. die von dieſem vor länger als 31
10 Jahren veräuſſerten Grundſtücke ihrer großväterlichen Erbſchaft für ihren Antheil zu vindiciren allerdings noch für befugt zu halten.

Alles von Rechts wegen.

CONSILIVM LXXXVI.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Editio inſtrumentorum communium, etiam copiarum, quas aiunt, vidimatarum iure exigi poteſt.

II. Iudex, qui remedium aliquod ſuſpenſiuum contra ſententiam ſine iuſta cauſſa interpoſitum reiicit, non poteſt dici denegare iuſtitiam, eo praeſertim caſu, vbi adhuc adpellatio ad ſuperiorem ſalua eſt.

SVMMARIA.

Quaeſtio prima. n. 1.

Error aduocati inſtrumentum originale a ſuis clientibus poſſideri fatentis, quum non niſi copiam vidimatam teneant, non poteſt nocere partibus. n. 2.

An copia vidimata inſtrumenti ſuper diuiſione haereditatis confecti ad inſtrumenta communia ſit referendum quaeritur. n. 3 et adfirmatur. n. 5.

Editio inſtrumenti ſuper haereditate diuiſa confecti cohaeres et qui ab eo cauſſam habet iure poſtulat. n. 4.

Praeſertim ſi editio per ſententiam quae in rem iudicatam tranſiit, eſt iniuncta n. 6.

Atque ad editionem iam oblatio eſt facta. n. 7.

Iudex etiam ex officio editionem inſtrumentorum reo propriorum ad eruendam veritatem facientium imperare poteſt. n. 8.

Deciſio quaeſtionis primae. n. 9.

Quaeſtio ſecunda. n. 10.

Interpoſitio remediorum contra ſententiam grauantem ſuſpenſiuorum iuri communi imperii iuxta atque particulari conueniens eſt. n. 11.

Pendente lite non prohibitum eſt ſupplicare principi pro impetrandis reſcriptis ad iudicem, qui iuſtitiam denegare videtur. n. 12.

Iudex adpellationem ob apertam eius temeritatem ac manifeſtam reiicere poteſt. n. 13.

Hinc multo magis idem ipſi conceſſum cenſeri debet intuitu remediorum mere ſuſpenſiuorum. n. 14.

Deciſio quaeſtionis vltimae. n. 15.

Als uns acta manualia in Sachen des Amtsraths R., gegen die C. Erben, welche hiebey zurück gehen, nebſt einigen Rechtsfragen zugeſendet, und darüber unſer in Rechten gegründetes Gutachten zu ertheilen gebeten worden;

Demnach erachten wir nach fleiſſiger deren Verleſung und collegialiter gepflogener Erwägung den Rechten und Acten gemäß zu ſeyn:

Erſte Frage:

Ob die C. Erben durch dem am 29. April dieſes Jahr abgefaß- 1
ten, am 1. May inſinuirten Beſcheid dermaßen beſchweret worden, daß ſie ſich in einer Reviſion eine ſententiam reformatoriam verſprechen können?

Ob nun wohl die C. Erben durch dieſen Beſcheid darinn beſchwert zu ſeyn vermeinen, daß ihnen dem Amtsrath R. den C. Theilungsreceß vom Jahr 1718 zu ediren, und die ſeit dem desfalls ſchon ertheilten Beſcheid vom 6. Mart. 1777 verurſachten Koſten zu erſtatten, anbefohlen werden wollen,

angeſehen 1) ihr Sachwalter zwar anfangs in Acten angeführet, daß 2
ſie von dieſem Theilungsreceß die Urſchrift beſäßen, allein bey genauerem Nachſehen befunden, daß ſie dieſen Theilungsreceß nicht in Urſchrift, ſondern bloß in einer von einem Notario vidimirten Copey beſitzen, und ſolches auch bereits dem Hofgericht vorgeſtellet;

Daneben 2) dieſe vidimirte Copey als ein Inſtrument, ſo die C. 3
Erben blos für ſich zu ihrem Gebrauch verfertigen laſſen, und nicht als ein inſtrumentum commune anzuſehen, einfolglich ſie zur Edition deſſelben um ſo weniger angehalten werden möchten, je weniger ein Beklagter ſeine eigene Urkunden dem Kläger zu ediren verbunden;

L. f. C. de edendo.

Zumalen 3) ſie dem Amtsrath R. bereits einen Extract aus dieſem Theilungsreceß, in ſo fern er demſelben ad indagandum ſtatum bonorum nöthig, gerichtlich mitgetheilet, und er daher eine weitere Edition deſſelben zu verlangen nicht für befugt zu halten;

4 Dennoch aber und dieweil 1) der Amtsrath R., als ceſſionarius heres der verſtorbenen Jungfer V., welche die Edition dieſes Theilungsreceſſes wie Erbin ihrer Mutter wegen der darinn mit ihrer Großmutter vorgenommenen Theilung der Erbſchaft des weyland Raths und Landrentmeiſters C. als eines inſtrumenti communis von den C. Erben allerdings verlangen können,

L. 9. *§.* 4. *D. de edendo.*

MARTINI *comment. in proc. Tit.* 26. *§.* I. *n.* 27. *ſqq.*

ſolche Edition daher gleichfalls von denſelben zu verlangen für wohl befugt zu halten;

5 Auch 2) dieſem Verlangen nicht entgegen ſteht, daß die C. Erben jetzt keine Urſchrift, ſondern blos eine vidimirte Copey von dieſem Theilungsreceß zu beſitzen vorgeben, indem einestheils der Beſcheid vom 29. April 1778 ihnen die Edition dieſes Receſſes auch nur entweder in originali, oder in beglaubter Abſchrift auferleget, anderntheils das Eigenthum, was die C. Erben an der vidimirten Abſchrift behaupten, ſo wenig als das Eigenthum, was ihnen an einer Urſchrift zuſtehen konnte, dieſe vidimirte Abſchrift, dem Gebauuch nach, pro inſtrumento communi zu halten, den Rechten nach hindern mag;

6 Weniger nicht 3) die C. Erben bereits durch den rechtskräftigen Beſcheid vom 6. Mart. 1777 dieſen Receß zu ediren oder binnen 14 Tagen erhebliche Einreden anzubringen vertheilet worden, dergleichen Einreden aber ſo wenig binnen den 14 Tagen, als binnen den nachher zur Edition erhaltenen Friſten eingebracht;

7 Vielmehr 4) in dem exhibito vom 12. Nov. 1777 ſich bereit erkläret, ſowohl die vidimirte Abſchrift des Receſſes dem Hofgerichte vorzulegen, als auch die Abſchrift, welche der Sachwalter in Händen hat, dem Amtsrath R. mitzutheilen;

8 Ueberdem auch 5) bekannten Rechtens iſt, daß ein Richter einem Beklagten auch die Edition der ihm eigenthümlichen und gar nicht gemeinſchaftlichen Urkunden zur Steuer der Wahrheit gar wohl auflegen mag;

L. I. *C. de edendo.*

LEYSER *Spec.* 38. *med.* I. 2.

Als

Als halten wir den Rechten nach dafür:

Daß die C. Erben durch den am 29. April dieſes Jahrs abge- 9
faßten Beſcheid in der Maße nicht beſchweret worden, daß ſie in einer Reviſion ſich eine ſententiam reformatoriam verſprechen könnten.

Zweyte Frage:

Ob gedachte Erben durch die in dieſer Sache wiederholte Abſchla- 10
gung des remedii reuiſionis dermaßen beſchweret worden, daß ſie, zur Erſparung der Koſten eines mandati S. C. vom Cammergericht, ſich an an Königliche Regierung zu H. mit Hoffnung eines guten Erfolgs wenden können?

Ob nun zwar 1) die Einwendung eines remedii ordinarii mere 11
ſuſpenſiui gegen ein beſchwerliches gerichtliches Erkenntniß nicht nur in gemeinen Rechten,

Rec. Imp. de ann. 1600. §. 16.

ſondern auch beſonders in der B. Land- und Gerichtsordnung

Part. 2. *Tit.* 17. §. *vlt.*

verſtattet worden, und daher die C. Erben die wiederholte Abſchlagung ihres gegen den Beſcheid vom 29. April 1778 eingewandten remedii reuiſionis für eine gegründete Beſchwerde halten wollen;

Hiernächſt 2) während eines Rechtsſtreits vom Landesherrn zwar 12
keine reſcripta iuſtitiae gegen einen Gegner, wohl aber dergleichen gegen einen Richter, der die Gerechtigkeit verſagt, geſucht und erhalten werden können;

L. 2. *C. vt lite pendente.*

Nov. 17. *c.* 3.

Und daraus, daß gedachte Erben mit Hoffnung eines guten Erfolgs an Königliche Regierung zu H. ſich wohl wenden dürften, geſchloſſen werden möchte;

Dennoch aber und dieweil 1) ein Richter einem eingewandten Rechts- 13
mittel nur in ſo fern zu deferiren verbunden iſt, als die angeführten Beſchwerden nicht von einer offenbaren Unerheblichkeit ſind; wie denn die

Geſetze ihm ſogar eine eingewandte Appellation wegen offenbarer Unerheblichkeit der Beſchwerden zu verwerfen, verſtatten;

C. 5. de appellat. in 6.

14 Mithin 2) dieſe Freyheit einem Richter bey einem remedio mere ſuſpenſiuo gleichfalls und zwar um ſo mehr alsdenn zuſtehen muß, wenn er, wie hier geſchehen, dem Theile, der ſich beſchwert hält, die Appellation verſtattet, und dadurch ſein Verfahren beym Oberrichter zu rechtfertigen ſich verbindet;

Und 3) nicht geleugnet werden mag, daß die von den C. Erben angeführten Beſchwerden von keiner Erheblichkeit ſind, einfolglich auch die wiederhohlte Abſchlagung der zum Behuf derſelben eingewandten Reviſion für eine gegründete Beſchwerde nicht zu halten;

Als ſind wir der rechtlichen Meinung:

15 Daß gedachte Erben durch die in dieſer Sache wiederholte Abſchlagung des remedii reuiſionis dermaßen nicht für beſchwert zu halten, daß ſie, zur Erſparung der Koſten eines mandati S. C. vom Cammergericht, ſich an Königliche Regierung zu H. mit Hoffnung eines guten Erfolgs wenden könnten.

Beydes von Rechts wegen.

CON-

CONSILIVM LXXXVII.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Quicumque ius liberum habet terminos ſolutionis faciendae concedendi, is ſine dubio conſenſu eorum, quibus terminos dictos conceſſit, eosdem immutare poteſt.

II. Succeſſor in territorio titulo ſingulari munitus, ſi quos reditus ab officialibus anteceſſoris iam perceptos et in rationes anteceſſori redditas relatos iure ſibi deberi putat, ab anteceſſore quidem, non ab officialibus eos exigere poteſt.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio prima. n. 2.
Qui praeſentem ſolutionem exigere poteſt, non impeditur particularem in terminos ſtatos faciendam ſolutionem adcipere. n. 3.
Quod mutuo conſenſu placuit, disſenſu mutuo tolli poteſt. n. 4.
Deciſio quaeſtionis primae. n. 5.
Quaeſtio ſecunda. n. 6.
Succeſſor ſingularis a momento adquiſiti dominii fructus rei iure exigit. n. 7.
Ad fructus territorii adhuc percipiendos non poſſunt referri pretia pro rebus iam venditis licet ſtatutis terminis adhuc ſoluenda; multo minus per anticipationem iam ſoluta. n. 8.
Deciſio quaeſtionis ſecundae. n. 9.
Quaeſtio tertia. n. 10.
Fructus fundi, quos officiales anteceſſoris iam perceperunt et in rationes ab anteceſſore probatas retulerunt, licet ſucceſſori ſingulari debeantur, non ab officialibus, ſed ab anteceſſore ſunt exigendi. n. 11.
Deciſio quaeſtionis tertiae. n. 12.

Als uns nachſtehende Geſchichtserzehlung nebſt angehängten Rechtsfragen zugeſendet, und wir darüber unſer in Rechten gegründetes Gutachten zu ertheilen gebeten worden;

 Demnach

Demnach erachten wir nach fleiſſiger derſelben Verleſung und gemeinſchaftlich gepflogener Erwägung den Rechten gemäß zu ſeyn:

1 Haben in den Jahren 1773, 1774 und 1775 des Herrn Grafen von A., zur Verwaltung ſeiner Herrſchaft N., verordnete Beamte, einige Vorgewinne, über Verpachtung gewiſſer Bauerngüter, von den Vätern, auf die Söhne, mit erſteren vereinbaret, und nach Maße der reſpective Güter beſtimmet.

Ob nun gleich hergebrachten Rechtens iſt, daß, ſobald die Vorgewinne accordirt und beſtimmet ſind, die Bauern pflichtig ſind das vereinbarte Quantum der Herrſchaft abzuführen; ſo haben doch die Beamte, um den Bauern die Zahlung leichter zu machen, denſelben verſtattet, beſagte Vorgewinne in gewiſſen Friſten zu entrichten.

Wie aber veränderte Umſtände, und Geldbedürfniſſe in caſſa erfordert, ſolche Friſten wieder aufzuheben, ſo haben auch die Bauern die Zahlung gutwillig verfüget.

Sind dieſe bezahlte Vorgewinngelder nun zum Theil im Jahr 1775, zum Theil im Jahr 1776, erhoben, und großentheils zur dauerhaften Verbeſſerung und Wohl der Grafſchaft N., als insbeſondere zu einer höchſtnöthigen, und von dem Herrn Grafen von A. beliebten Schloßreparation, unmittelbar verwendet; von des Herrn Grafen Rechnungsführer aber in der ſeinem Herrn fürs Jahr 1775 abgeſtatteten Renteyrechnung völlig und ganz zum Empfang, auch die, wie vorerwähnt, damit bezahlte Hausreparationsrechnungen, Proceßkoſten, Beſoldungen, und einige andere im Anfange des 1776ſten Jahrs vorgekommene, ſeinen Herrn betreffende auſſerordentliche Poſten, in eben dieſer 75ſten Rechnung zur Ausgabe gebracht worden,

Hat ſich nun ereignet, daß der Herr Graf von A. am 28. Aug. 1775 auf die Graft N. renunciiret haben ſolle; (welchen aber der Herr Graf, in einem an den Lehnsherrn im Jahr 1776 erlaſſenen Schreiben feyerlich widerſprochen, und dahin ſich erkläret, daß dieſe vorgebliche Renunciation blos auf die Allodial-, keinesweges aber auf die Lehngüter auszudeuten wäre:)

Hat aber den Beamten der Grafſchaft A. von dieſer anmaßlichen Verzichtsleiſtung um ſo weniger conſtiret, noch conſtiren können, als eines,

einestheils von ihrer Herrſchaft ihnen nichts davon zu wiſſen gethan, anderntheils vom Lehnhofe ſelbſt, der Graf von A., in einem an dieſe Beamten abgelaſſenen Schreiben, noch im Ian. 1776, als unſtreitiger Vaſall der Grafſchaft N. anerkannt worden.

Iſt kaum berührte Grafſchaft hierauf im Febr. 1776 von Seiten des Lehnhofes ſequeſtriret worden.

Ob nun gleich die mehrerwähnte Gewinngelder in den Jahren 1773, 1774 und 1775, und alſo längſt vor der Sequeſtration, bereits accordirt, beſtimmt, und Behuf des Grafen von A., als welchem ſolche kenntlich, gleich von Zeit des Accords, völlig, und dominiotenus zugefallen waren, ausgegeben und berechnet worden; ſo will doch der Herr Sequeſtrations-Commiſſarius des Dafürhaltens ſeyn, daß, weil die Zahlung von den Beamten den Bauern in Friſten verſtattet worden, und ſolche Friſten zum Theil in das Sequeſtrationsjahr fallen, ſelbige von den Beamten nicht hätten aufgehoben werden können, mithin die Gelder nicht ihrer Herrſchaft gehörten, ſondern bey der Sequeſtration zum Empfang gebracht werden müßten.

Wäre dann nach dieſem Grundſatze die davon gethane Ausgabe für ihre Herrſchaft, die Gewinngelder aber für die Sequeſtration. Wobey noch in gerechten Betracht zu ziehen, daß wenn der Rechnungsführer (welchem auch die Führung der Sequeſtrationsrechnung von 1776 noch anvertrauet geweſen, welcher aber im Jahr 1777 ſeines Dienſtes entlaſſen worden) dieſe ausgegebene und berechnete Gewinngelder nochmals baar auskehren ſollte, er davon einen völligen Schaden leiden würde, indem er von ſeinem Herrn keine Entſchädigung zu hoffen hat;

Wird dieſemnach über folgende Fragen die rechtliche Entſcheidung gebeten:

Erſte Frage:

Ob nicht die Beamten befugt geweſen, die Friſten, da deren Verſtattung doch ein actus merae facultatis war, und da ſelbige ohnehin ihrer Herrſchaft dadurch nicht präjudiciren können, bey veränderten und es erheiſchenden Umſtänden wieder einzuziehen? 2

Ob nun wohl 1) die Beamten des Herrn Grafen von A. dadurch, daß ſie den Bauern in der Herrſchaft N. zur Bezahlung der in den 3

Jahren

Jahren 1773, 1774 und 1775 accordirten Gewinngelder gewiſſe Friſten verſtattet, dieſen Bauern das Recht ertheilet, vor Ablauf dieſer verſtatteten Friſten die in ſelbigen abzutragenden Gewinngelder nicht zu bezahlen, cum dies adiectus efficiat, ne praeſente die pecunia debeatur;

L. 41. §. 1. *D. de verb. obligat.*

Daneben auch 2) dem aus den ertheilten Friſten erhaltenen iuri quaeſito der Bauern nicht entgegen geſetzt werden mag, daß die Verſtattung dieſer Friſten ein actus merae facultatis geweſen, und die Bauern ohne deren Verſtattung der accordirten Vorgewinne ſofort nach geſchloſſenem Contract hätten bezahlen ſollen, da bekannten Rechten nach dasjenige, ſo anfangs merae voluntatis geweſen, nach geſchehener Verſtattung neceſſitatis geworden;

L. 17. §. 3. *D. commod.*

und daher, daß beſagte Beamte die einmal verſtatteten Friſten wieder einzuziehen nicht befugt geweſen, es das Anſehen gewinnen möchte;

Dennoch aber und dieweil 1) die Beamten des Herrn Grafen von
4 A. dieſe den Bauern in der Herrſchaft N. zur Bezahlung der in den Jahren 1773, 1774 und 1775 accordirten Vorgewinne verſtattete Friſten mit Einwilligung der Bauern kein Unrecht gethan; cum quilibet iuri ſuo renunciare poſſit,

L. 46. *D. de pact.*

L. 41. *D. de minor.*

adeoque debitor volens ante diem in ipſius fauorem adiectum valide ſoluere queat;

L. 38. §. 16. *D. de verb. oblig.*

L. 41. §. 1. *D. eodem.*

Auch 2) dieſelben, da ſie dieſe Friſten den Bauern zu deren Bequemlichkeit für ſich ertheilet, ſelbige für ſich, ohne einen von dem Herrn Grafen darzu erhaltenen beſondern Befehl, mit Einwilligung der Bauern wieder einzuziehen, um ſo mehr für befugt zu halten, da einestheils dieſe Gewinngelder ſofort nach geſchloſſenem Contract hätten bezahlt werden ſollen, mithin durch die Aufhebung der ertheilten Friſten die Sache nur wieder einigermaßen in den vorigen gewöhnlichen Zuſtand gebracht worden, anderntheils veränderte Umſtände und Geldbedürfniſſe der herrſchaftlichen Caſſe dieſe Aufhebung erfordert;

Hiernächſt

Hiernächſt 3) der Herr Graf A. die geſchehene Aufhebung der Friſten dadurch, daß die vor Ablauf derſelben bezahlten Gewinngelder demſelben nicht nur in der Einnahme, ſondern auch in der Ausgabe des Jahrs 1775 berechnet worden, zureichend genehmiget;

Als ſind wir der rechtlichen Meinung:

Daß die Beamten den Herrn Grafen von A. die den Bauern der 5
Herrſchaft N. zur Abtragung der in den Jahren 1773 1774 und 1775 accordirten Gewinngelder für ſich verſtatteten Friſten, wie geſchehen, wieder einzuziehen wohl befugt geweſen.

Zweyte Frage:

Ob nicht die Gewinne, da ſelbige zu der, wie der Graf von A. 6
noch ohnſtreitiger Herr der Herrſchaft N. war, accordirt, auch dieſem von Zeit des Accords ohnſtreitig ganz und dominiotenus verfallen waren, beſagtem Herrn Grafen von A. ganz und völlig zuzuſprechen, und die Sequeſtration davon auszuſchließen ſey, ohne daß die in das Sequeſtrationsjahr einlaufenden aber ſchon vorher wieder aufgehobenen Termine hierunter eine Irrung machen können?

Ob nun gleich, wenn der Herr Graf von A. der Herrſchaft N. am 7
28. Aug. 1775. renunciiret haben ſollte, die Sequeſtrationscommiſſion, welche Namens des Lehnhofes im Febr. 1776 dieſe Herrſchaft in Beſitz genommen, diejenigen Abgaben der Unterthanen, welche vor dem 28. Aug. 1775 noch nicht fällig geweſen, Namens des Lehnsherrn von dem Herrn Grafen von A., in ſo fern Er ſich ſelbige voraus bezahlen laſſen, als ihm noch nicht zugefallene, ſondern vielmehr dem Lehnherrn gebührende Zahlungen zurückzufordern, für befugt zu halten,

GE. LVD. BOEHMER *princ. iur. feud. Lib.* 1. *Sect.* 2. *Cap.* 12. §. 345.

und zu dieſen Präſtationen auch die in den Jahren 1772, 1774 und 1775 accordirte Gewinngelder, in ſo fern nämlich die von den Beamten beſtimmten Termine derſelben erſt nach dem 28. Aug. 1775 fällig geworden, desfalls gerechnet werden möchten, weil ſolche als praeſta-

tiones anzuſehen, quarum dies quidem ſtatim ceſſit, ſed non ſtatim venit;

L. 213. pr. D. de verb. ſignif.

Und hieraus, daß die Sequeſtrationscommiſſion beſagte von den Beamten vorher gehobene und dem Herrn Grafen berechnete Vörgewinne von demſelben zurückzufordern berechtiget, geſchloſſen werden möchte;

8 Dieweil aber dennoch 1) dieſe Gewinngelder vermöge hergebrachten Rechtens, ſo bald ſie accordirt und beſtimmt ſind, der Herrſchaft von den Bauern ſogleich bezahlt werden müſſen, einfolglich als Zahlungen anzuſehen, die dem Herrn Grafen von A. von Zeit des Accords an ohnſtreitig ganz und dominiotenus verfallen waren;

Mithin 2) ſolche zu denjenigen reditibus der Herrſchaft N. gehören, quorum dies non tantum ſtatim ceſſit, ſed etiam ſtatim venit, und daher dem Herrn Grafen von A., wenn er auch nachher der Herrſchaft N. entſagt haben ſollte, dennoch ohnſtreitig gebühren;

GE. LVD. BOEHMER *loc. cit.*

Auch 3) dieſe Beſchaffenheit der Gewinngelder dadurch zum Nachtheil des Herrn Grafen auf keine Weiſe verändert werden mögen, daß deſſelben Beamte den Bauern zu deren bequemerer Abtragung Termine verſtatter, indem einestheils die Beamte dieſe Termine den Bauern für ſich ohne beſonderen Befehl ihres Herrn ertheilet, anderntheils der Herr Graf, wenn er dieſe Termine auch ſelbſt bewilliget hätte, dennoch dadurch den Bauern blos Credit in Anſehung einer ihm bereits völlig gebührenden Schuldforderung gegeben hätte, und bekannten Rechten nach ein dies humanitatis cauſſa adiectus einen Gläubiger nicht hindern mag, eine Forderung als eine bereits fällige anzuſehen;

L. 16. §. 1. D. de compenſat.

Als halten wir den Rechten nach dafür:

Daß die in den Jahren 1773, 1774 und 1775 accordirten Gewinne dem Herrn Grafen von A. völlig zuzuſprechen, und die Sequeſtrationscommiſſion davon auszuſchließen, ohne daß die in das Sequeſtrationsjahr einlaufenden, aber ſchon vorher wieder aufgehobenen Termine darinn eine Irrung machen mögen. 9

Dritte Frage:

Ob nicht mehr beſagte Gewinne dem Rechnungsführer in der 10
Rechnung vom Jahr 1775, worin deren Ausgabe zu den in der Geſchichtserzählung angeführten Nothwendigkeiten berechnet und gerechtfertiget iſt, paſſiret werden müſſen?

Ob nun zwar die Sequeſtrationscommiſſion aus dem Grunde, daß die Beamte des Herrn Grafen von A. die den Bauern der accordirten Gewinne halber einmal verſtatteten Friſten wieder einzuziehen nicht befugt, und der Herr Graf die in den nach dem 28. Aug. 1775 fälligen Terminen zu zahlenden Gewinngelder ſich anzumaßen nicht berechtiget geweſen, dem Rechnungsführer dieſe in der Rechnung vom Jahr 1775 berechnete Gelder nicht paſſiren laſſen, ſondern von demſelben die Erſtattung dieſer als zur Ungebühr gehobenen und berechneten Gelder verlangen möchte;

Dennoch aber und dieweil 1) aus der Beantwortung der 11
vorhergehenden Fragen ſattſam erhellet daß die Beamte des Herrn Grafen von A. die den Bauern verſtatteten Friſten wegen der in den Jahren 1773, 1774 und 1775 accordirten Gewinngelder wieder einzuziehen, und der Herr Graf von A. mit gänzlicher Ausſchließung der Sequeſtrationscommiſſion ſich ſelbige zuzueignen allerdings für befugt zu halten;

Hiernächſt 2) wenn auch die Beamten zum nachherigen Nachtheil des Lehnsherrn die Termine dieſer Geldtr nicht einziehen, und ſelbige vorher nicht heben mögen, dennoch ſie ſolches, ehe ihnen die vorgegebene Renunciation ihres Herrn gemeldet worden, bona fide in deſſelben Namen gethan, die Gelder zu deſſen Nutzen verwandt, und bey Able-

gung der Rechnung vom Jahr 1775 deſſelben Genehmigung erhalten; dannenhero auf dieſen Fall die Sequeſtrationscommiſſion an den Herrn Grafen von A., der die in Frage ſtehenden Gelder gehoben und genutzet, nicht aber an deſſelben Beamte und Rechnungsführer ſich würde halten müſſen,

Als geht unſere rechtliche Meinung dahin:

12 Daß mehrbeſagte Gewinngelder dem Rechnungsführer in der Rechnung vom Jahr 1775 allerdings paſſirt werden müſſen.

Alles von Recht wegen.

CONSILIVM LXXXVIII.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Qui ius annuorum redituum percipiendorum habet, negligentia ſua poteſt efficere, vt reditus annorum praeteritorum, quorum dies venit ante tempus ad praeſcriptionem exſtinctiuam, a legibus determinatum, praeſcriptione ſint ſublati, licet ipſum ius exigendi tum reditus praeteritos, quibus, nondum praeſcriptum eſt, tum reditus futuros ſubſiſtat.

II. Ad praeſcriptionem debiti perſonalis exſtinctiuam nihil requiritur, niſi vt per tempus lege definitum nulla creditoris interpellatio interuenerit.

III. Emtio annuorum redituum a mutuo foeneratitio eſſentia et natura diuerſa eſt; adeoque annui reditus rationem ſortis, non vſurarum habere cenſendi ſunt.

IV. Vſurae morae regulariter vltra alterum tantum non debent adiudicari.

V. Solutio a debitore facta in dubio in duriorem cauſſam eſt adcipienda; At enim ſi creditor v. c. ex fructibus pignoris vel ex diſtracto pignore ſibi ipſe ſoluit, leges permittunt, vt ſolutionem leuiori cauſſae imputet.

VI. Creditor, cui ſors et vſurae etiam morae debentur, ſolutionem, quam adcepit, non tenetur ſorti imputare, ſed iure ſuo minuendis vſuris adplicat.

VII. Apocha factam ſolutionem probandi vim habet, ſed non tantam, vt praeſumtionem abſolutam ſeu iuris et de iure efficiat, cum potius contra eam adhuc probatio contrarii locum ſibi vindicet.

VIII. Creditor in praedium debitoris, vt ex eius fructibus ſolutionem debiti capiat, immiſſus non tantum de fructibus

perceptis, ſed percipiendis etiam tenetur, niſi demonſtrare poſſit horum ſine ſua culpa perceptionem eſſe impeditam.

IX. Creditor pignoratitius in rationes de fructibus ad effectum ſolutionis perceptis iure ſuo refert expenſas neceſſarias ad fructus percipiendos factas, quae ſummam fructuum perceptorum minuunt; quorſum etiam pertinent expenſae litis contra colonos moroſos.

X. Beneficium quadrantis R. I. N. §. 173 ſeu §phi de indaganda I.P.W. in litibus hodieque vſum ſuum praeſtare poteſt.

XI. Ad iuſtificandas, quod aiunt, rationes de fructibus naturalibus perceptis non ſufficit pretium eorum quotannis indicare, ſed opus eſt, vt illius veritas rite demonſtretur.

XII. Diſpoſitio iuris, vi cuius creditor, qui minores vſuras longiſſimo tempore adcepit, ſibi non ratione praeteriti tantum, ſed etiam reſpectu futuri praeiudicat, ad reditus annuos quoque merito eſt extendenda.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio prima. n. 2.
Dantur ICti, qui ad praeſcriptionem iuris ad rem exſtinctiuam bonam fidem debitoris ſeu ignorantiam debiti requiſitam putant. n. 3.
Solutio vſurarum impedit praeſcriptionem debiti. n. 4.
An per ſolam pignoris poſſeſſionem ius agendi ratione ſortis conſervetur, quaeritur et negatur. n. 5.
Saluo iure annuorum redituum generali poteſt contingere, vt praeſtationes certorum annorum praeſcriptione tollantur n. 6.
Falſa eſt opinio DD. de bona fide ad praeſcriptionem exſtinctiuam neceſſaria. n. 7.
Neque in dato caſu mala fides ex parte debitorum adeſt. n. 8.
Deciſio quaeſtionis primae. n. 10.
Quaeſtio ſecunda. n. 11.
Sunt, qui emtionem redituum annuorum pro mutuo foeneratitio palliato habent. n. 12.

Quorum

Quorum opinio refellitur. n. 13.

Hinc reditus annui rationem vſurarum non habent. n. 14.

Sed tamquam ſors debita veniunt conſiderandi. n. 15.

Quae ſententia calculo plurimorum ICtorum et praeiudiciis Camerae imperialis probatur. n. 16.

Deciſio quaeſtionis ſecundae. n. 17.

Quaeſtio tertia. n. 18.

Sunt ICti, qui vſuras morae in infinitum accumulari poſſe putant. n. 19.

Eaque ſententia vſu fori cameralis ſubnixa videri poteſt. n. 20.

Prohibitio curſus vſurarum vltra alterum tantum iure romano ſine dubio etiam ad vſuras morae pertinet. n. 21.

Quod etiam cgnoſcunt plurimi ICtorum. n. 22.

Neque aduerſatur huic ſententiae praxis Camerae Imperialis. n. 23.

Deciſio quaeſtionis tertiae. n. 24.

Quaeſtio quarta. n. 25.

Adducuntur rationes, quae videri poſſunt moram fundare ex parte debitorum in caſu propoſito n. 26.

Non poteſt dici in mora eſſe debitor, ſi creditor ſolutionis cauſſa in praedia immiſſus plenam ſolutionem non capit ex fructibus omiſſa debitori reſidui denunciatione. n. 27.

Interpellatio facta quidem ſemel, ſed per tempus longiſſimum plus quam duplicatum neglecta moram non fundat. n. 28.

Si creditor in rationibus debitum concernentibus, quas debitori tradidit, vſuras morae, quas forte exigere poterat, omiſit, eas remiſiſſe cenſetur, haeredesque eius illas petere nequeunt. n. 29.

Deciſio quaeſtionis quartae. n. 30.

Quaeſtio quinta. n. 31.

Solutio in dubio cenſetur facta in duriorem cauſſam. n. 32.

Atenim ab hac regula leges expreſſe caſum vſurarum debitarum excipiunt, et ſolutionem in dubio ad vſuras trahendam volunt. n. 33.

Immo ſi creditor ipſe ex pignore ſolutionem ſibi procurat, eam vi legum in leniorem cauſſam poteſt imputare. n. 34.

Remiſſionem ab anteceſſore factam haeredes quidem adgnoſcere debent; ſed non ideo obligati ſunt ad ſimilem remiſſionem olim faciendam. n. 35.

Deciſio quaeſtionis quintae. n. 36.

Quaeſtio ſexta. n. 37.

Sunt ICti, qui diſpoſitionem L. 3. C. de apoch. publ. *ad praeſtationes publicas vel ſaltem reales reſtringendam putant.* n. 38.

Quorum opinio reprobatur. n 39.

At enim probatio ſolutionis in tali caſu praeſumtione iuris tantum innititur, non autem praeſumtionem abſolutam, ſeu iuris et de iure pro ſe habet. n. 40.

Deciſio

Deciſio quaeſtionis ſextae. n. 41.
Quaeſtio ſeptima. n. 42.
Qui ſolutionem etiam a tertio factam eſſe adſerit, onus probandi ſubire debet. n. 43.
Poſſeſſor pignoris, in quod ad effectum ſolutionis eſt immiſſus, non fructus tantum actu perceptos, ſed eos etiam, quos potuiſſet percipere, ſibi in ſolutionem imputare debet. n. 44.
Teſtimonium officialis de re, quae ad officium ſuum nullo modo ſpectat, priuatum eſt; ideoque iniuratum vagumque nil probat. n. 45.
Deciſio quaeſtionis ſeptimae. n. 46.
Quaeſtio octaua. n. 47.
Rationes dubitandi. n. 48.
Expenſae litis, quas creditor pro percipiendis fructibus ex re oppignorata fecit, rationem impenſarum in fructus habent; hincque fructus perceptos minuunt. n. 49.
Cibus ac potus, quem creditor pignoratitius colonis praeſtanda praeſtantibus dedit, non venit in computum minuendorum fructuum, niſi ex obligatione praeſtari debuit. n. 50.
Deciſio quaeſtionis octauae. n. 51.
Quaeſtio nona. n. 52.
Rationes, quae vſui beneficii ex §. de indaganda Inſt. pac. Weſtph. ſeu quadrantis §. 173. *R. I. N. videntur obſtare, adducuntur. n.*53.
Et refutantur. n. 54.
Deciſio quaeſtionis nonae. n. 55.
Quaeſtio decima. n. 56.
Factum anteceſſoris haeredes debent adgnoſcere n. 57.
Qui per multos annos fructus pro pecunia debita in ſolutum accepit, pretium fructuum quotannis perceptorum non nude allegare, ſed etiam ad rationem ſuam, quod aiunt iuſtificandum, demonſtrare tenetur. n. 58.
Deciſio quaeſtionis decimae. n. 59.
Quaeſtio vndecima. n. 60.
Vſurae et reditus annui, emti in dubio eiusdem cum ſorte data ſunt naturae. n. 61.
An quemadmodum qui vſuras minores longiſſimo tempore adcepit, etiam in futurum maiores exigere prohibetur; ita et emtor annuorum redituum, qui minores debitis adcepit, ſibi praeiudicet ab ICtis quibusdam in dubium vocatur. n. 62.
Quae ſententia falſa eſſe conuincitur. n. 63.
Quod calculo ICtorum confirmatur. n. 64.
Deciſio quaeſtionis vltimae. n. 65.

Als

Als uns nachſtehende Geſchichtserzählungen ſammt denen hiebey zurückgehenden Beylagen ſub Lit. A. B. C. D. E. F. G. H. nebſt einigen Rechtsfragen zugeſendet, und wir darüber unſer in Rechten gegründetes Gutachten zu ertheilen gebeten worden;

Demnach erachten wir nach fleiſſiger derſelben Verleſung und gemeinſchaftlich gepflogener Erwegung den Rechten gemäß zu ſeyn:

I.) Hat im Jahr 1531 auf Neujahrsabend Arend Graf zu B. und St. an Willebrand Pl. in Münſter gegen Empfang von 2000 goldenen Rheiniſchen Gülden eine erbliche jährliche Rente von 100 goldenen Rheiniſchen Gülden verkauft, und dieſerhalb verſchiedene im Hochſtift M. belegene Gräfliche Eigenbehörige, als die Colonos B., W., V., W. und S. dem Gläubiger nebſt einer allgemeinen Hypothek zum beſondern Unterpfande geſetzet.

Adiunct. ſub Lit. A.

Sollen hierauf im Jahr 1626 einige jährliche Renten rückſtändig geblieben ſeyn, und daher zu der Zeit der Pl. ſucceſſor in der verkauften Rente Albert H. die Immiſſion in die zum beſonderen Unterpfand der Rente geſetzten Bauernhöfe gerichtlich geſucht

Adiunct. ſub Lit. B. Nr. 2.

und darauf im Jahr 1627 auch wirklich erhalten haben;

Adiunct. ſub Lit. C.

Wird aber im Jahr 1698 von der weiteren Nachfolgerin in dieſer Rente der Mathildis Eliſabeth K. Wittib H. vorgegeben, daß aus dieſen gerichtlich eingeräumten Höfen die jährlichen Renten vom Jahr 1635 an nicht völlig beygetrieben werden können, und aus dieſem Grunde ſchon zu der Zeit ein Rückſtand an nicht erhaltenen Renten von 4926 Rthlr. 3 Pf. liquidiret, jedoch in der Maaße, daß in dieſem Rückſtande blos die Summe der rückſtändigen Renten ſelbſt, nicht aber Zinſen von rückſtändigen Renten gerechnet, und der jährliche Empfang aus beſagten Höfen beſtändig auf den jedesmaligen Rückſtand der Renten ſelbſt abgerechnet, auch der Werth der jährlichen Rente von 100 goldenen Rheiniſchen Gülden vom Jahr 1635 an bis zum Jahr 1698 beſtändig zu 143 Rthlr. 21 ß. gerechnet worden;

Adiunct. ſub Lit. D.

Als nun von Gräflicher Seite auf dieſe Liquidation keine Erklärung erfolget, wenigſtens keine dahin einſchlagende Nachrichten aufgefunden werden mögen, auch die Pl. Nachfolger wegen des gedachten im Jahr 1698 liquidirten Rückſtandes das Gräfliche Haus nicht weiter angegangen, vielmehr die ihnen verpfändeten Bauern iure immiſſionis bis auf den heutigen Tag im Beſitz behalten, und ihre jährliche Rente von ſelbigen beyzutreiben geſucht; hat man auch Gräflicher Seits an dieſe Liquidation nicht weiter gedacht, ſondern, daß von den iure immiſſionis den Gläubigern angewieſenen Bauern ſowohl der vorgegebene Rückſtand, als die fernere jährliche Rente richtig beygetrieben worden, um ſo mehr bona fide glauben müſſen, da nach Abzug der von den Pl. Succeſſoren iure immiſſionis gehobenen Pächte ſogar ein Ueberſchuß von mehreren Jahren her dem Gräflichen Hauſe zum Beſten in den G. Herrſchafts-rechnungen ſich berechnet findet.

Adiunct. ſub lit. E. ibique lit. a.

Ob nun wohl auch die jetzigen Beſitzer dieſer Rente aus den ihnen angewieſenen Gräflichen Eigenbehörigen die jährlichen praeſtanda ſeit 20 und 30 Jahren völlig empfangen, und darüber ohne einigen Vorbehalt vorhandener Rückſtände quitiret haben; iſt dennoch von ihnen unter dem 7. Febr. 1777 eine neue Liquidation eines unmäßigen Rückſtandes von 24606 Rthlr. 22 ß. 8 Pf. an rückſtändigen Renten, und von 61766 Rthlr. 10 ß. 7 Pf. an davon gerechneten Zinſen vom Jahr 1635 bis 1777 übergeben worden,

Adiunct. ſub lit. B.

worinn ſie 1) den jedesmaligen Werth dieſer Rente von 100 goldenen Rheiniſchen Gulden nicht, wie in der von der Wittib H. im Jahr 1698 übergebenen Liquidation geſchehen, beſtändig auf 143 Rthlr. 21 ß. feſtgeſetzet, ſondern nach einer dieſer neuen Liquidation ſub Nr. 4. 5. beyliegenden genaueren Berechnung ſchon vom Jahr 1674 an ungleich höher und endlich in den letzten Jahren von 1773 an zu 218 Rthlr. 21 ß. berechnet; 2) auch nicht von der nach dieſer neuen Berechnung entſtehenden Summe der ſämmtlichen Renten vom Jahr 1634 an bis 1776, welche zuſammen etwa die jetzt liquidirte Summe der noch rückſtändigen Ren-

Renten von 24606 Rthlr. betragen möchte, die Summe des ſelbſt in der Liquidation angegebenen jährlichen Empfangs aus den verpfändeten Bauerhöfen von 1634 an bis 1776, welche überhaupt 164 8 Rthlr. 25 ß. 7 Pf. beträgt, abgezogen, und dadurch einen Rückſtand von blos etwa 8000 Rthlr. angegeben, ſondern 3) von den rückſtändigen Renten eines jeden Jahrs ſowohl vom Jahr 1635 an bis auf 1698, als auch vom Jahr 1698 an bis auf 1776 Zinſen, und zwar vielfältig über das alterum tantum gerechnet, ob ſie gleich eine dem Gräflichen Hauſe ſeit dem Jahr 1698 wegen rückſtändiger Renten geſchehene Erinnerung anzuführen nicht vermögend geweſen; und 4) nicht nur den in der Liquidation angegebenen jährlichen Empfang aus den verpfändeten Bauerhöfen zuförderſt von den berechneten Zinſen, und nicht von der Summe der rückſtändigen Renten ſelbſt abgezogen, ſondern auch 5) dieſen jährlichen Empfang einestheils in den Jahren des vorigen Jahrhunderts ſehr gering angegeben, und daß ſie von den angewieſenen Bauern nicht mehr erhalten können, durch ein ihrer Liquidation ſub Nr. 3. beygelegtes Zeugniß eines Gräflich B. Rentmeiſters vom 23. Febr. 1700 zu beweiſen vermeinen; und 6) anderntheils denſelben nicht nur durch die angeblich von den Bauern verurſachten Proceßkoſten, ſondern auch durch andere bey jedesjähriger Pachtlieferung für Speiſe der Bauern u. d. g. angeſetzte Koſten merklich vermindert, und auf dieſe Weiſe den gemeldeten Rückſtand herausgebracht.

II.) Hat auch ein im Hochſtift M. befindlicher anderer Gräflicher creditor immiſſus die jährlichen Pächte an Getraide von verſchiedenen iure immiſſionis untergehabten Gräflichen Pachtpflichtigen colonis ſeit 100 und mehr Jahren in der Münze, welche zur Zeit der Entrichtung roulirte, und wornach der publique Anſchlag ſolcher praeſtandorum geſchehen iſt, genoſſen und ſich bezahlen laſſen, ohne auf den Unterſcheid der nach und nach abnehmenden Güte des Geldes zu ſehen, und desfalls einige Vergütung zu verlangen.

Und entſtehen aus dieſen beyden Geſchichtserzählungen nachſtehende Fragen:

Erſte Frage:

Ob nicht rückſtändige jährliche Renten innerhalb 30 Jahren verjährt werden, und daher im gegenwärtigen Fall nicht nur der im 2

Jahr 1698. desfalls liquidirte Rückſtand, ſondern auch das von dieſer Zeit an ferner liquidirte angebliche reſiduum bis zu dem Jahre 1746 ohne Rückſicht auf die ſonſtige Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit deſſelben gänzlich für erloſchen, und in Abſicht des Hochgräflichen Hauſes für präſcribirt zu achten?

Ob nun wohl ab Seiten der jetzigen Beſitzer der jährlichen Rente behauptet werden möchte, daß ihnen in Anſehung der vom vorigen Jahrhundert her noch liquidirten rückſtändigen Renten gar keine Verjährung
3 entgegen ſtehe, immaßen 1) das Hochgräfliche Haus als Schuldner dieſer Renten nicht nur die Verbindlichkeit ſelbige alle Jahre völlig und richtig abzutragen wohl gewußt, ſondern auch wegen eines anſehnlichen Rückſtandes im Jahr 1698 von der damaligen Inhaberin dieſer Rente interpelliret worden, aus welchen Umſtänden deſſelben mala fides in Anſehung dieſer rückſtändigen Schuld zureichend erhelle, und daher demſelben in Anſehung dieſer perſönlichen Schuld, zu deren Verjährung nach bewährter Rechtslehrer Meinung gleichfalls bona fides erfordert werde;

GAIL *Lib.* 2. *obſ.* 18. *n.* 6. *ſqq.*

CRAMER *Tom.* I. *obſ.* 433.

PVFENDORF *Part.* I. *obſ.* 115. §. 4. *ſqq.*

keine Verjährung zu ſtatten kommen möchte;

4 Ueberdem 2) die Inhaber dieſer Rente ſich bisher in einem beſtändigen Beſitz der Hebungen aus den ihnen zur Sicherheit verſchriebenen Bauerhöfen befunden, und nach Maaßgebung der unter dem 7. Febr. 1777 übergebenen Liquidation die erhaltenen Hebungen eines jeden Jahrs auf die Zinſen der rückſtändigen Renten abgerechnet, einfolglich dadurch von dieſen rückſtändige Renten beſtändign Zinſen abgetragen worden, wodurch bekannten Rechten nach alle Verjährung gehindert wird, cum ſoluens vſuras non praeſcribat;

L. 8. §. 4. *C. de praeſcript.* 30. *annor.*

5 Auch 3) die Inhaber dieſer Rente ſogar ſeit dem Jahr 1627 iure immiſſionis in dem wirklichen Beſitz der ihnen zur Sicherheit der ſämmtlichen Renten verſchriebenen Bauerhöfe ſich befunden, mithin durch dieſen noch fortdaurenden Beſitz ohnſtreitig ihre völlige Pfandsgerechtigkeit, folglich auch die dadurch verſicherten perſönlichen Forderungen conſerviret;

Dennoch

Dennoch aber und dieweil 1) es ſeine ohnſtreitige Richtigkeit hat, 6
daß, wenn gleich das Recht der jährlichen Renten an ſich ſelbſt betrach-
tet, zumalen wenn der Beſitz derſelben durch eine fortgeſetzte Hebung
conſerviret worden, gar keiner Verjährung unterworfen iſt,

LEYSER *ſpec.* 253. *med.* 1. 2.

Cramer Nebenſtunden *Part.* 20. *Nr.* 3. §. 3.

dennoch die einzelnen Renten eines jeden Jahrs, nachdem ſie fällig geworden, von der Zeit an, wie eine jede andere Schuldforderung, in ſo fern der Gläubiger ſie nicht gehörig beyzutreiben geſucht, ganz und zum Theil longiſſimo tempore präſcribiret werden,

L. 46. §. 9. *C. de Epiſc. et cleric.*

L. 7. §. *f. C. de praeſcript.* 30. *annor.*

MYNSINGER *Cent.* 3. *obſ.* 13.

Conſil. Argentor. Vol. 2. *Conſ.* 45.

GAIL. *Lib.* 2. *obſ.* 73. *Nr.* 1.

CRAMER *Tom.* 2. *obſ.* 552.

einfolglich dem Gläubiger, in ſofern er rückſtändige Renten actione perſonali emti fordert, die Präſcription der rückſtändigen Renten von 30 Jahren,

L. 3. *C. de praeſcript.* 30. *annor.*

L. 1. §. 1. *C. de annal. except.*

und in ſofern er ſolche aus einer ihm zur Sicherheit derſelben beſtellten Hypothek actione hypothecaria fordert, die Präſcription der rückſtändigen Renten von 40 Jahren allerdings entgegen ſteht;

L. 7. §. 1. *C. de praeſcript.* 30. *annor.*

CRAMER *Tom.* 1. *obſ.* 89.

Und 2) dasjenige, was in den Zweifelsgründen gegen dieſe Verjäh-
rung angeführet worden, im gegenwärtigen Fall keine Anwendung ha-
ben mag, indem quoad 1) einestheils bewährte Rechtslehrer behaupten, 7
daß die im

c. f. X. de praeſcript.

enthaltene Päbſtliche Verordnung auf die exſtinctive Verjährung der perſönlichen Schuldforderungen nicht zu erſtrecken, und in dieſer Verjährung auf bonam fidem nicht zu ſehen,

COCCEII *Diſſert.* I. *de finib. bon. fidei in praeſcript. Sect.* 2. §. 3. *ſqq.*

IVST. HENN. BOEHMER *iur. eccleſ. Lib.* I. *Tit.* 26. §. 56. *ſqq.*

HOMBERG *Diſſ. de praeſcript. exſtinctiua* §. 19.

CRAMER *Tom.* 4. *obſ.* 1017.

dannenhero die Verjährung durch die im Jahr 1698 geſchehene Interpellation in Anſehung der damals noch nicht verjährten Rückſtände zwar unterbrochen, allein durch das darauf erfolgte Stillſchweigen der Pl. Erben nach Verlauf einer von der Zeit an zu rechnenden längſten Zeit wieder fortgeſetzt worden,

COCCEII *loc. cit.* §. 12.

anderntheils, wenn auch nach anderer Rechtslehrer Meinung mala fides debitoris die exſtinctive Verjährung der längſten Zeit hindert, dennoch
8 dieſe Hinderniß im gegenwärtigen Fall keineswegs eintritt, da nicht nur aus dem Verlauf der längſten Zeit bona fides debitoris vermuthet werden ſoll,

Conſil. Tubingenſ. Vol. 2. *Conſ.* 45. *Nr.* 7.

ſondern auch dasjenige, wodurch mala fides des Hochgräflichen Hauſes im gegenwärtigen Fall begründet werden ſollen, von gar keiner Erheblichkeit iſt, indem a) die Wiſſenſchaft des Gräflichen Hauſes, daß den Pl. Erben eine jährliche Rente von 100 goldenen Rheiniſchen Gulden gebühre, einestheils noch keine Wiſſenſchaft eines denſelben noch gebührenden Rückſtandes von Renten involviret, da das Gräfliche Haus dieſe Rente wenigſtens ſeit dem Jahr 1627 nicht unmittelbar jährlich ſelbſt abgetragen, ſondern deren Inhaber ſolche aus den iure immiſſionis inne habenden Gräflichen Bauerhöfen im M. ſelbſt gehoben, und daher das Gräfliche Haus aus dem in dieſem ganzen Jahrhundert beſtändig beobachteten Stillſchweigen derſelben natürlich vermuthen müſſen, daß ſie wegen der ihnen gebührenden Renten ihre völlige Befriedigung erhalten, anderntheils dieſe Wiſſenſchaft, wenn auch mit derſelben die Wiſſen-

ſchaft

ſchaft eines Rückſtandes verbunden, dennoch ſo lange die Inhaber wegen des Rückſtandes ſich nicht gebührend gemeldet, das Gräfliche Haus desfalls in mala fide zu ſetzen nicht vermögend,

GE. LVD. BOEHMER *princ. iur. can. Lib.* 3. *Sect.* 5. *Tit.* 9. §. 635.

und b) die im Jahr 1698 von Mathildis Eliſabeth Kn. Wittib H. geſchehene Erinnerung wegen eines angeblichen Rückſtandes von 4926 Rthlr. 3 Pf. zwar die weitere Verjährung der zu der Zeit nicht bereits wirklich verjährten rückſtändigen Renten in der Perſon des damals regierenden Herrn Grafen hindern, allein nach deſſen Tode den Erben und Nachfolgern deſſelben um ſo weniger in der Verjährung ſchaden mögen, je weniger bona und mala fides als bloße res facti den Rechten nach auf Erben gehen;

L. 11. *de diuerſ. tempor. praeſcript.*

Ferner quoad 2) der bisherige beſtändige Beſitz der Hebungen aus den zur Sicherheit verſchriebenen Bauerhöfen, und die in der letzten Liquidation geſchehene Abrechnung dieſer jährlichen Hebungen auf die wegen der rückſtändigen Renten gerechnete Zinſen keinesweges als ein factum anzuſehen, wodurch die Verjährung der rückſtändigen Renten den Rechten nach für unterbrochen zu halten, da einestheils das Hochgräfliche Haus den Inhabern dieſer Rente gedachte jährlichen Hebungen keinesweges blos abſchläglich auf den Reſt der rückſtändigen Renten oder deren Zinſen bezahlen laſſen, noch dadurch die fortdaurende Verbindlichkeit, dieſen Rückſtand zu bezahlen, anzuerkennen die Abſicht gehabt, von welchem wiederholten Anerkenntniß der Schuld allein der oben angeführte

L. 8. §. 4. *C. de praeſcript.* 30. *annor.*

redet, anderntheils auch die Inhaber der Rente bey dem Empfang der jährlichen Hebungen ſo wenig eines alten Rückſtandes an Renten, als der davon verlangten Zinſen gegen das Hochgräfliche Haus im geringſten gebührende Erwähnung gethan, mithin blos für ſich ohne Vorwiſſen ihres Herrn Schuldners dergleichen demſelben nachtheilige Abrechnung zu machen um ſo weniger für befugt zu halten, je mehr ihr Herr Schuldner Urſache gehabt zu glauben, durch die jährlichen Hebungen die Rente eines jeden Jahrs zu berichtigen, und je mehr demſelben aus

ihrem

ihrem Stillſchweigen ein ius quaeſitum auf die Verjährung der nicht gebührend gemeldeten Rückſtände erwachſen;

9 und quoad 3) im gegenwärtigen Fall nicht von einem iure retentionis der Inhaber der Rente, welches ſie, wenn die Wiederabtretung der iure immiſſionis im Beſitz habenden Bauerhöfe gefordert würde, etwa urgiren möchten, ſondern von einem iure actionis derſelben, wodurch ſie die Bezahlung rückſtändiger Renten fordern, die Rede iſt, und dieſes ius actionis durch den Beſitz des Unterpfandes um ſo weniger für perpetuirt zu halten, da ſie dieſes Unterpfand von ihrem Herrn Schuldner nicht blos zur Sicherheit eines angegebenen Rückſtandes, ſondern zur Sicherheit der verſprochenen Rente überhaupt verſchrieben erhalten:

Als halten wir in Rechten dafür:

10 Daß rückſtändige jährliche Renten, in ſo fern ſie actione perſonali emti gefordert werden, innerhalb 30 Jahren, und in ſo fern es actione hypothecaria geſchiehet, innerhalb 40 Jahren den Rechten nach verjähret werden, dannenhero auch im gegenwärtigen Fall nicht nur der im Jahr 1698 desfalls liquidirte Rückſtand, ſondern auch das von dieſer Zeit an ferner liquidirte angebliche reſiduum bis zu den Jahren 1736 oder 1746 für gänzlich erloſchen, und in Abſicht des hochgräflichen Hauſes für präſcribirt zu achten.

Zweyte Frage:

11 Ob jährliche Renten überhaupt, und beſonders, wie hier, perſönliche und ab Seiten des Verkäufers, ablösliche, als ein wirkliches Capital, und nicht vielmehr als wahre Zinſen zu betrachten, von denen den Rechten nach keine Zinſen gerechnet werden können?

Ob nun zwar nicht geleugnet werden mag, daß die jährlichen Renten überhaupt in Teutſchland bey Gelegenheit des im Canoniſchen Rechte enthaltenen Verbots der Zinſen eigentlich in fraudem dieſes Verbots eingeführet worden,

LEYSER *ſpec.* 252. *med.* I.

und als ein wirkliches ſurrogatum der Zinſen anzuſehen, wodurch ein Gläubiger von ſeinem Gelde nicht geringeren Nutzen als durch wirkliche Zinſen genießet, auch daher in Reichsgeſetzen

Receſſ. Imp. de ann. 1548. *Tit.* 17. §. 8.

Receſſ. Imp. de ann. 1577. *Tit.* 17. §. 9.

der Rentencontract zu den wucherlichen Contracten gerechnet, und wie
bey Zinſen eine gewiſſe Quantität der Renten feſtgeſetzt worden, und
deshalb verſchiedene bewährte Rechtslehrer nicht nur die jährlichen Ren- 12
ten überhaupt für wahre und eigentliche Zinſen halten, und ſelbige
blos nach der Natur und den Regeln der Zinſen beurtheilen wollen,

LEYSER *ſpec.* 252. *med.* 2.

ſondern dieſes auch vornämlich von den perſönlichen Renten,

FRANTZKIUS *Lib.* 1. *Reſolut.* 1. *Nr.* 54. *ſqq. ibique plures DD. laudati.*

wenn auch zur Sicherheit derſelben eine Hypothek beſtellet worden,

FRANTZKIUS *loc. cit. Nr.* 127.

um ſo mehr behaupten, da ſelbige ſelbſt vom Pabſt Pio V. im

c. un. de forma contrahendi cenſum in 7.

als ein widerrechtlicher und unerlaubter Wucher verboten worden, und aus dieſen Grundſätzen ſo wenig von rückſtändigen Renten, als von rückſtändigen Zinſen, weitere Zinſen, es ſey aus welchem Grunde es wolle, zu rechnen für erlaubt halten wollen;

LEYSER *loc. cit. med.* 3.

Dennoch aber und dieweil wenn gleich die jährlichen Renten anſtatt
der heut zu Tage üblichen Zinſen eingeführet worden, dennoch 1) der 13
Rentencontract, in ſo fern die Renten in Anſehung des Käufers unab-
löslich ſind, ſie mögen ſonſt perſönliche oder auf liegende Gründe haf-
tende Renten, und ab Seiten des Verkäufers ablöslich oder unablös-
lich ſeyn, von einem auf Zinſen geliehenen Darlehn der Natur und
Beſchaffenheit nach weſentlich verſchieden iſt, und für eine wahre Art
eines Kaufcontracts zu halten, worinn der Käufer das beſtimmte Geld
dem Verkäufer nicht als ein Capital blos zum Gebrauch, ſondern als
eine Kaufſumme zum ewigen und unwiederruflichen Eigenthum, ferner
nicht unter der Verbindlichkeit es dereinſt zu reſtituiren, ſondern mit
dem Rechte es ewig zu behalten, zahlet, und dagegen von demſelben die

jährlichen Renten nicht als ein acceſſorium eines Capitals für den überlaſſenen Gebrauch deſſelben, ſondern als eine für die wahre Kaufſumme ſchuldig gewordene Waare und erhandelte Hauptſache erhält;

14 einfolglich 2) hieraus ein weſentlicher Unterſcheid der Zinſen von einem geliehenen Capital und der jährlichen Renten erhellet, der auch vom Pabſt im Canoniſchen Rechte beſtätiget worden;

c. 1. 2. extrauag. comm. de emt. et vendit.

mithin 3) dergleichen jährliche Renten, wenn auch dem Verkäufer derselben durch die Zurückgabe der empfangenen Kaufſumme von deren weiteren Bezahlung ſich los zu machen frey ſtehet, allerdings wie ein ſchuldiges Capital und nicht wie bloße Zinſen zu betrachten;

15 Daher auch 4) jährliche Renten natürlich ſchon nach Verordnung der Römiſchen Rechte nicht nach den Regeln der Zinſen, ſondern nach den Regeln eines ſchuldigen Capitals zu beurtheilen,

Nov. 160. c. 1. vbi: praeſens ſpecies illam non attingit, ſiquidem hoc magis annuo reditui, quam vſurarum praeſtationi ſimile videtur.

BALDVINVS *in Iuſtiniano Lib. 1. pag. 93.*

einfolglich von rückſtändigen Renten ſo gut wie von anderen rückſtändigen Capitalien, wenn nämlich ſonſten eine rechtliche Urſache vorhanden, Zinſen wohl gefordert werden mögen;

16 Und 5) dieſe Meinung nicht nur von den bewährteſten Rechtslehrern als eine gemeine Meinung behauptet wird,

CARPZOV *Part. 3. Conſtit. 24. def. 12. et Pract. crim. Quaeſt. 92. Nr. 86.*

BRVNNEMANN *ad L. 27. C. de vſur. Nr. 6.*

STRVV *Exercit. 27. th. 51. Nr. 4.*

BERLICH *Part. 2. Dec. 268. Nr. 29. ſqq.*

LAVTERBACH *coll. theor. pract. Tit. de vſur. §. 40.*

BERGER *oecon. iur. Lib. 3. Tit. 8. §. 13. not. 5.*

ſondern auch beym Cammergericht in älteren und neueſten Zeiten beſtändig angenommen worden;

GAIL

GAIL. *Lib. II. obſ. 7. Nr. 5. ſqq.*

LUDOLPH *obſ. 172. et 327. vbi plura praeiudicia cameralia.*

CRAMER *Tom. 1. obſ. 92. vbi praeiudicium in cauſſa Ortmanniana d. 23. Iun. 1756, et obſ. 301.*

Als ſind wir der rechtlichen Meinung:

Daß jährliche Renten ſowohl überhaupt als auch beſonders perſönliche und ab Seiten des Verkäufers ablösliche als ein wirkliches Capital und nicht als wahre Zinſen zu betrachten, mithin von denſelben aus einem vorhandenen rechtlichen Grunde den Rechten nach Zinſen wohl gefordert werden mögen. 17

Dritte Frage:

Ob wenn von rückſtändigen Renten aus einem vorhandenen rechtlichen Grunde des Verzugs Zinſen gefordert werden können, die Summe dieſer rückſtändigen Zinſen das alterum tantum wohl überſteigen könne? 18

Ob nun ſchon verſchiedene Rechtslehrer behaupten wollen, daß, wenn ein Schuldner in ſchuldiger Abtragung eines Capitals ſich ſaumſelig bezeiget, ſodann der Gläubiger die Verzugszinſen in infinitum vltra alterum tantum zu fordern für berechtiget zu halten, angeſehen einestheils die Verzugszinſen als ein intereſſe morae, oder ein dem Gläubiger durch Schuld des Schuldners zugefügter Schaden anzuſehen, den dieſer nach der Billigkeit jenem völlig zu erſtatten verbunden, 19

L. 2. §. 8. D. de eo quod certo loco.

anderntheils der Schuldner ſonſten aus ſeiner begangenen Schuld und Saumſeligkeit einen anſehnlichen Vortheil ziehen würde, welches doch die Rechte nicht verſtatten, cum fruſtratio ſua nemini prodeſſe debeat,

L. 37. D. de mandat.

et vnicuique mora ſua noceat,

L. 173. §. 2. D. de reg. iur.

atque nemo ex ſuo delicto meliorem ſuam conditionem facere poſſit,

L. 134. §. 1. D. eod.

20 und daher auch nach dem Gerichtsgebrauch des Cammergerichts dem Gläubiger Verzugszinſen vltra alterum tantum zuerkannt zu werden pflegen;

BLVM *ſentent. camer.* 455.

LAVTERBACH *coll. theor. pract. Tit. de vſur.* §. 26.

CRAMER *Tom.* 1. *obſ.* 23. 102.

21 Dieweil aber dennoch 1) die in Römiſchen Rechten enthaltene Verordnung, daß kein Gläubiger rückſtändige Zinſen vltra alterum tantum zu fordern berechtiget ſeyn ſoll, ſo allgemein abgefaßt worden, daß ſelbige nothwendig von allen Arten der Zinſen mithin auch von den Verzugszinſen verſtanden werden muß, curſum vſurarum vltra duplum minime procedere concedimus. Quod et in bonae fidei iudiciis, ceteriſque omnibus caſibus, in quibus uſurae exiguntur, ſeruari cenſemus;

L. 27. §. 1. *C. de vſur.*

Ueberdem 2) in Rechten auch ausdrücklich verſehen, daß kein Schuldner aus dem Grunde des Verzugs zu einer Bezahlung weiterer Zinſen, als die Geſetze ſonſt erlauben, angehalten werden darf, vltra licitum vſuras ex mora praeſtare compelli non potes:

L. 19. *C. mandat.*

Ferner 3) wenn auch die Verzugszinſen als ein intereſſe morae angeſehen werden mögen, dennoch auch das intereſſe morae mit den Zinſen gleiche Schranken hat, und nicht vltra alterum tantum gefordert werden mag;

L. vn. C. de ſentent. quae pro eo quod intereſt.

MEVIVS *Part.* 7. *dec.* 2.

STRYK *vſu mod. Tit. de vſur.* §. 16.

22 Daher auch 4) dieſes von den meiſten bewährteſten Rechtslehrern als eine gemeine und in praxi recipirte Meinung behauptet wird;

RICHTER *Dec.* 74 *Nr.* 85.

SANDE *Lib.* 3. *Tit.* 14. *def.* 5.

CARPZOV *Part.* 2. *Conſtit.* 30. *def.* 26.

BRVNNEMANN *ad L.* 27. §. 1. *C. de vſur.*

IVST. HENN. BOEHMER *Tom.* 2. *Part.* 1. *Reſp.* 440. *Nr.* 6. *ſqq.*

LEYSER *ſpec.* 248. *med.* 4.

und 5) der angeführte gegenſeitige Gerichtsgebrauch des Cammerge- 23
richts von dem Fall zu verſtehen, wenn beym Cammergericht die Sache anhängig, und dadurch der Schuldner bey dieſem Gerichte, wo die Rechtsſache ohne Schuld des Klägers viele Jahre dauren kann, in mora iudiciali conſtituiret worden,

MEVIVS *Part.* 7. *dec.* 4.

wie denn auch der vormalige Cammergerichtsaſſeſſor

LVDOLPH *obſeruat.* 172.

beſonders von den von jährlichen Renten geforderten Zinſen wohl bemerkt, daß ſelbige nicht ſo, wie ſie gefordert werden, ſondern cum moderamine zuzuerkennen, cum ſumma redituum ceſſorum interdum excreuerit ſortem ipſam valde ſuperans, ita vt vſurae redituum conflatae integra territoria ſint abſumturae. Cauendum hinc creditoribus, ne, dum brachiis comprehendere volunt nimium, vix habeant id, quod digitis conſtringere poſſunt;

Als geht unſere rechtliche Meinung dahin:

Daß, wenn von rückſtändigen Renten Verzugszinſen gefordert 24
werden, die Summe dieſer rückſtändigen Zinſen das alterum tantum der Renten, wovon ſie gefordert werden, nicht überſchreiten könne.

Vierte Frage:

Ob dem Hochgräflichen Hauſe in Anſehung der vom Jahr 1635 25
an liquidirten rückſtändigen Renten eine wirkliche mora im gegenwärtigen Fall beyzulegen, woher daſſelbe, wenn auch die rückſtändigen Renten zum Theil durch eine Verjährung nicht aufgehoben ſeyn ſollten, zur Bezahlung der von ſelbigen vom Anfange an liquidirten Verzugszinſen, ſo weit ſolche den Rechten nach gefordert werden mögen, für verbunden zu halten?

Ob nun gleich zur Begründung einer dem Hochgräflichen Hauſe zur
26 Laſt zu legenden morae angeführet werden möchte, 1) daß im Jahr
1698 wegen des zu der Zeit liquidirten Rückſtandes von 4926 Rthlr.
3 Pf. eine ausdrückliche Erinnerung geſchehen, und dadurch das Hoch-
gräfliche Haus in Anſehung dieſes Rückſtandes von der Zeit an per ex-
preſſam interpellationem hominis in mora ex perſona conſtituiret
worden;

weniger nicht 2), daß beſagtes Haus auch ohne Abſicht auf dieſe Interpellation ſowohl in Anſehung der damals vom Jahr 1635 an liquidirten Rückſtände, als auch in Anſehung der in der neuen Liquidation vom Jahr 1698 an liquidirten weiteren Rückſtände in einer wirklichen mora ex re ſich befinde, da ſelbiges alle Jahre die verkauften Renten völlig abzutragen verbunden geweſen, mithin da ſolches nicht geſchehen, per interpellationem diei in mora ex re conſtituiret worden, cum in debito ex die certo dies pro homine interpellare dicatur;

L. 12. C. de contrah. et committ. ſtipul.

und 3) daß, wenn gleich die mora unmittelbar von den Gräflichen colonis, von welchen die Inhaber der Rente iure immiſſionis ihre jährliche Befriedigung erhalten ſollen, begangen worden, dennoch da dieſe als mandatarii des Hochgräflichen Hauſes in Anſehung der zu verrichtenden Bezahlung anzuſehen, deren mora dem Hochgräflichen Hauſe zur Laſt zu legen;

Und aus dieſen Gründen, daß das Hochgräfliche Haus zur Bezahlung der von den rückſtändigen Renten vom Anfange an liquidirten Verzugszinſen, in ſo fern die Renten nicht für präſcribirt zu halten, und die liquidirten Zinſen den Rechten nach gefordert werden mögen, für ſchuldig zu achten, es das Anſehen gewinnen möchte;

27 Dennoch aber und dieweil 1) was die vom Jahr 1698 an bis 1776 rückſtändigen Renten in der neueſten Liquidation angegebenen Zinſen anbetrifft, dieſelben vom Hochgräflichen Hauſe aus dem Grunde einer morae im gegenwärtigen Fall nicht gefordert werden mögen, anerwogen, wenn gleich dieſe Renten alle Jahre völlig bezahlt werden ſollen, und nicht völlig bezahlt ſind, dennoch das Hochgräfliche Haus dieſe Bezahlung nicht unmittelbar ſelbſt verrichtet, ſondern ſeit dem

Jahr

Jahr 1627 aus den Gräflichen Bauerhöfen im M., worinn die Inhaber der Rente zum Behuf der geſuchten Bezahlung gerichtlich immittiret worden, durch die colonos verrichten laſſen, mithin um ſo mehr gerechte Urſache zu glauben gehabt, daß die Inhaber der Rente ſolche alle Jahre von den colonis völlig und richtig erhalten haben, je weniger von den Inhabern in dieſem ganzen Jahrhundert vorher wegen eines Rückſtandes die geringſte Erinnerung geſchehen, auch hochgedachtes Haus bey dieſem beſtändigen Stillſchweigen der Pl. Erben bey den colonis nach der Abtragung ihrer Präſtationen ſich weiter zu erkundigen um ſo weniger Urſache gehabt, da ſelbiges nicht ſelbſt freywillig dieſe colonos als mandatarios der zu leiſtenden Bezahlung beſtellet, ſondern die Pl. Erben durch eine im Jahr 1627 geſuchte und erhaltene gerichtliche Immiſſion in deren Höfe aus ſelbigen ihre Bezahlung zu nehmen für gut befunden, einfolglich dasjenige, ſo in den Zweifelsgründen von einer mora ex re per interpellationem diei contracta angeführet worden, hier keine Anwendung haben mag;

Hiernächſt 2) auch von der im Jahr 1698 liquidirten Summe 28
von 4926 Rthlr. 3 Pf. an ſich ſonſt zuläſſige Zinſen, bis aufs alterum tantum aus dem Grunde einer morae per interpellationem hominis contractae nicht gefordert werden mögen, indem wenn auch dieſe ganze Forderung nicht längſt für verjährt zu halten, dennoch die Pl. Erben durch ihr darauf erfolgtes 78jähriges Stillſchweigen von dieſer Interpellation wieder abgegangen ſind, und dadurch moram debitoris purgiret haben, ſi debitori denunciatum eſt et poſtea omiſſa eſt repetendi debiti inſtantia, non protinus per debitorem mora facta eſſe intelligitur;

L. 32. §. 1. D. de vſur.

Endlich 3) die in der neueſten Liquidation von den vom Jahr 1635 29
bis 1698 angebenen liquidirten Zinſen nicht nur aus den vorher ad Nr. 1.) angeführten Gründen aus einer mora nicht gefordert werden mögen, ſondern auch, wenn gleich in Anſehung dieſer Rückſtände eine wirkliche mora bewieſen werden könnte, dennoch in der von der Wittib H. im Jahr 1698 übergebenen Liquidation nicht gefordert worden, und daher für remittirt zu halten, einfolglich von den jetzigen Inhabern der Rente, welche als Erben derſelben deren factum präſtiren müſſen, noch weniger angerechnet werden können;

Als

Als iſt unſere rechtliche Meinung:

30 Daß dem Hochgräflichen Hauſe in Anſehung der vom Jahr 1635 an liquidirten rückſtändigen Renten eine wirkliche mora im gegenwärtigen Fall nicht beyzulegen, und daher daſſelbe, wenn auch die rüſtändigen Renten zum Theil durch eine Verjährung nicht aufgehoben ſeyn ſollten, zur Bezahlung der von ſelbigen vom Anfange an liquidirten Verzugszinſen, ſo weit ſolche den Rechten nach auch ſonſt gefordert werden mögen, für verbunden nicht zu halten.

Fünfte Frage:

31 Ob die Pl. Erben in dem Fall, daß von den rückſtändigen Renten ihnen Zinſen gebühren, den in der Liquidation verzeichneten jährlichen Pachtempfang zuförderſt auf die Verzugszinſen abzurechnen befugt geweſen, und nicht vielmehr erſt auf die rückſtändigen Renten ſelbſt hätten abrechnen ſollen?

Ob nun wohl nicht nur die Billigkeit zu erfordern ſcheinet, daß die Pl. Erben, wenn ihnen Verzugszinſen gebühren ſollten, den in ihrer Liquidation verzeichneten jährlichen Pachtempfang zuförderſt auf die rückſtändigen Renten ſelbſt abrechnen müſſen, um ihren Herrn Schuldner nicht einer ſonſt beſtändig zunehmenden Laſt der Zinſen auszuſetzen,
23 ſondern auch ſolches ſelbſt der deutlichen Vorſchrift der Geſetze für gemäß zu halten ſeyn möchte, als nach welchen ein Gläubiger eine erhaltene Bezahlung ſo anrechnen ſoll, wie er ſelbſt, wenn er in des Schuldners Stelle geweſen, die Bezahlung verrichtet haben würde, dummodo in id conſtituat ſolutum, in quod ipſe, ſi deberet, eſſet ſoluturus, id eſt, vt in re ſua conſtitueret,

L. 1. D. de ſolut.

mithin auf denjenigen Poſten, der den Schuldner am härteſten drücket, in duriorem cauſſam ſemper videtur ſibi debere accepto ferre, ita enim et in ſuo conſtitueret nomine,

L. 3. pr. D. eodem.

beſonders da im gegenwärtigen die Wittib H. in ihrer im Jahr 1698 übergebenen Liquidation den jährlichen Pachtempfang auf die rückſtän-

digen

digen Renten ſelbſt abgerechnet, und daher die jetzigen Inhaber der Rente als derſelben Erben eine ähnliche Abrechnung zu machen verbunden ſeyn möchten;

Dennoch aber und dieweil 1) die Geſetze von der Regel, daß der 33
Gläubiger eine abſchlägliche Bezahlung zuförderſt auf denjenigen Poſten rechnen ſoll, der den Schuldner am härteſten drückt, und den dieſer vornämlich zu bezahlen wünſchen möchte, ausdrücklich eine Ausnahme bey Zinſen machen, und dem Gläubiger, die erhaltene abſchlägliche Bezahlung zuerſt auf ſelbige anzurechnen, verſtatten,

L. 5. §. 2. *D. de ſolut.*

L. 1. *C. eodem.*

in Betracht, daß der Gläubiger von rückſtändigen Zinſen keine Zinſen rechnen darf, und ſonſten der Schuldner aus ſeiner Saumſeligkeit gegen die Billigkeit Vortheil ziehen würde;

L. 134. §. 1. *D. de reg. iur.*

L. 173. §. 2. *D. eod.*

Daneben 2) im gegenwärtigen Fall noch der beſondere Umſtand eintritt, daß den Pl. Erben die jährlichen Pächte nicht von ihrem Herrn Schuldner ſelbſt ausgezahlt worden, ſondern ſelbige vielmehr die Pächte aus den Bauerhöfen, ſo ſie iure immiſſionis beſitzen, ſelbſt gehoben, und ſich aus ihrem Pfande gleichſam ſelbſt bezahlt, in welchem Fall die 34
Geſetze dem Gläubiger die Freyheit verſtatten, das erhaltene Geld nicht, als wenn der Schuldner ſelbſt bezahlt, zu deſſen Vortheil in duriorem cauſſam, ſondern zum eigenen Vortheil des Gläubigers in leuiorem cauſſam abzurechnen, alia eſt cauſſa debitoris ſoluentis, alia creditoris pignus diſtrahentis;

L. 101. §. 1. *D. de ſolut.*

L. 73. *D. eod.*

L. 35. *pr. D. de pignor. act.*

AVERRAN. *interpret. iur. Lib.* 5. *Cap.* 32. *Nr.* 1.

PUFENDORF. *Tom.* 2. *obſ.* 175.

35 Und 3) die von der Wittib H. in ihrer Liquidation geſchehene Abrechnung der bis 1698 jährlich gehobenen Pächte auf die angegebenen rückſtändigen Renten, und nicht auf Zinſen derſelben die jetzigen Inhaber der Rente als deren Erben zwar verbindet, dieſe Abrechnung bis 1698 anzuerkennen, und bis dahin ſo wenig Zinſen zu fordern, als die erhaltenen Pächte auf Zinſen abzurechnen, allein ſie wohl nicht verbinden könnte, von den von der Zeit an weiter rückſtändigen Renten gleichfalls die Verzugszinſen zu erlaſſen, oder wenigſtens den Empfang der Pächte blos auf Renten ſelbſt abzurechnen;

Als erachten wir den Rechten gemäß zu ſeyn:

36 Daß die Pl. Erben in dem Fall, daß von den rückſtändigen Renten ihnen Zinſen gebühren den in der Liquidation verzeichneten Pachtempfang zuförderſt auf die Verzugszinſen abzurechnen wohl befugt, und nicht verbunden geweſen, ſolchen auf die rückſtändigen Renten ſelbſt abzurechnen.

Sechſte Frage:

37 Ob da die Pl. Erben aus den Gräflichen Eigenbehörigen im M. die jährlichen *praeſtanda* ſeit 20 und 30 Jahren völlig empfangen, und darüber ohne einigen Vorbehalt vorhandener Rückſtände quitiret haben, dieſe Quitungen gegen ſelbige nicht einen vollen Beweis der auch in allen vorhergehenden Jahren geſchehenen völligen Bezahlung machen?

38 Wiewohl nun nicht zu leugnen, daß die Verordnung des

L. 3. C. de apoch. publ.

blos von Quitungen über öffentliche Abgaben dreyer auf einander folgenden Jahre redet, und daher einige Rechtslehrer dieſe Verordnung, als eine den ſonſt bekannten Regeln des Rechts, nach welchen der Schuldner die vorgeſchützte Bezahlung völlig beweiſen ſoll,

L. 12. D. de probat.

L. f. C. de ſolut.

widerſtreitende und blos in der bekannten Härte der Römiſchen Eintreiber dieſer Abgaben

L. vn. C. de ſuperexact.

L. 2. C. de exact. tribut.

ſich gründende Verordnung, auf Privatquitungen, die auch ſonſt in Rechten mit öffentlichen Quitungen in Anſehung der Beweiskraft nicht verglichen werden,

L. 14. §. 1. 2. C. de non numer. pec.

entweder gar nicht erſtrecken wollen,

Vincent. de Franchis Deciſ. 137. Nr. 3.

oder doch nur in dem Fall, wenn die quitirten praeſtationes reales und nicht mere perſonales ſind,

MYNSINGER *Cent. 5. obſ. 39. n. 6.*

und daraus, daß die von den Pl. Erben ſeit 20 und 30 Jahren ausgeſtellten Quitungen zum Beweis der auch in vorhergehenden Jahren erhaltenen völligen Bezahlung nicht gebraucht werden könnten, geſchloſſen werden möchte;

Dieweil aber dennoch 1) die in dem angeführten 39

L. 3. C. de apoch. public.

enthaltene Verordnung von der Beweiskraft dreyer Quitungen über öffentliche Abgaben dreyer auf einander folgender Jahre keinesweges für eine exorbitante und blos in der Härte der Römiſchen Einnehmer gegründete Verordnung zu halten, ſondern vielmehr einen natürlichen Grund in einer vernünftigen Vermuthung hat, quod creditores debita antiqua prius exigant, quam recentiora, cum quia lapſus temporis non modica adferre ſolet incommoda, tum quod non expediat creditoribus debitores aſſueſcere tam diu ſolutionem aeris alieni differre,

PEREZ *ad Cod. Tit. de apoch. publ. n. 7.*

FABER *in Cod. Tit. de ſolut. def. 32.*

kraft welcher Vermuthung ein Schuldner durch Vorzeigung dreyer Quitungen von dreyen auf einander folgenden Bezahlungen den ihm obliegenden Beweis der vorhergehenden Bezahlung per modum einer probationis artificialis führet,

 ALCI-

ALCIAT. *de praeſumt. Reg.* 2. *Praeſumt.* 26. *Nr.* 3.

MASCARDVS *de probat. Vol.* 3. *Concluſ.* 1320 *Nr.* 2. *ſqq.*

und wegen der Allgemeinheit dieſes Grundes beſagte Verordnung nach einer gemeinen Meinung der bewährteſten Rechtslehrer auf Privatquitungen über jährliche Bezahlungen mit Recht erſtreckt wird;

FINCKELTHAVSS *Obſ.* 115. *Nr.* 4. *ſqq.*

BRVNNEMANN *ad L.* 3. *C. de apoch. publ. Nr.* 4. *ſqq.*

LEYSER *ſpec.* 530. *med.* 8. 9. 10.

PVFENDORF. *Part.* 1. *obſ.* 173. §. 1.

40 Indeſſen 2) die in dieſer Verordnung beſtimmte Vermuthung der Bezahlung von vorhergehenden Jahren nicht als eine praeſumtio iuris abſoluta ſeu iuris et de iure, ſondern nur als eine praeſumtio iuris conditionalis ſeu iuris tantum anzuſehen, wogegen dem Gläubiger nach deutlichen Worten des angeführten Geſetzes: niſi exactor vel collatorum habuerit cautionem, aut id quod repoſcit, deberi ſibi, manifeſta geſtorum adſertione patefecerit, den Beweis des Gegentheils zu führen, unbenommen bleibet;

CARPZOV *Part.* 2. *conſtit.* 2. *def.* 8.

CRAMER *Tom.* 1. *obſ.* 90.

Und 3) bey der Anwendung dieſes Geſetzes im gegenwärtigen Fall noch wohl unterſchieden werden müßte, ob die Pl. Erben in den angeführten Quitungen den völligen Empfang der ihnen gebührenden jährlichen Rente, oder nur den völligen Empfang der von den colonis zu zahlenden Pächten quitiret, ſo daß im erſteren Fall durch dieſe Quitungen die völlige Bezahlung aller vorhergehenden Renten, im anderen Fall aber nur die Bezahlung der vorhergehenden Pachtlieferungen, deren Werth vielleicht die Summe der Renten nicht ausgemacht, für bewieſen zu halten;

Als halten wir den Rechten nach dafür:

41 Daß in ſo fern die Pl. Erben ſeit 20 und 30 Jahren über den richtigen Empfang der jährlichen praeſtandorum aus den Gräflichen Eigenbehörigen im M. ohne einigen Vorbehalt vorhandener

Rückſtän-

Rückſtände Quitungen ausgeſtellet, dieſe Quitungen zwar gegen ſelbige einen vollen Beweis der auch in allen vorhergehenden Jahren geſchehenen völligen Bezahlung machen, allein denſelben das Recht dagegen einen rechtlichen Beweis des Gegentheils zu führen unbenommen bleibt.

Siebente Frage:

Ob in Anſehung derjenigen praeſtandorum, welche die Pl. Erben 42
in ihrer Liquidation ſeit dem Jahr 1635 aus den *iura* immiſſionis im Beſitz gehabten Gräflichen Bauerhöfen nicht als empfangen anführen, der Beweis, daß ſie dieſe von den colonis zu zahlenden praeſtanda wirklich nicht erhalten haben und erhalten können, auch ohne Abſicht auf die vorhergehende Frage, den Pl. Erben obliege, und allenfalls durch das ihrer letzten Liquidation ſub Nr. 3. beygefügte Zeugniß eines Gräflich B. Rentmeiſters vom 23. Febr. 1700 für beygebracht zu halten, oder ob dem Hochgräflichen Hauſe obliege, zu beweiſen, daß die Pl. Erben die als erhalten nicht angeführten praeſtanda wirklich erhalten können?

Obwohl 1) bekannten Rechten nach eine dem Gläubiger geſchehene Bezahlung nicht vermuthet wird, ſondern von dem Schuldner, der in derſelben ſich gründet, bewieſen werden muß,

L. 12. D. de probat.
L. ſ. C. de ſolut.

auch dieſes wegen Gleichheit des Grundes billig auf den Fall zu erſtrecken, wo der Schuldner die Bezahlung nicht in Perſon, ſondern durch einen Dritten, dem er ſelbige zu verrichten aufgetragen, geleiſtet zu haben behauptet, und aus dieſem Grunde daß die Pl. Erben mit dem Beweiſe, daß ſie nicht mehr, als in ihrer Liquidation angegeben worden, von den Gräflichen colonis jährlich bezahlt erhalten, zu verſchonen, gefolgert werden möchte;

Allenfalls 2) das von ſelbigen ihrer letzten Liquidation ſub Nr. 3. bey- 43
gelegte Zeugniß eines Gräflich B. Rentmeiſters Abraham E. vom 23 Febr. 1700 für einen zureichenden Beweis zu halten, da aus dieſem Zeugniß ſattſam erhelle, wie im vorigen Jahrhundert von einigen iure immiſſionis beſeſſenen Höfen wenig, von einigen aber gar nichts von den gebüh-

 ren.

renden praeſtandis zu erhalten geweſen, und dieſes Zeugniß um ſo mehr völligen Glauben haben möchte, da der Ausſteller deſſelben Abraham E. ein in Gräflichen Dienſten ſtehender Amtmann und adminiſtrator geweſen, und daher deſſen ausgeſtelltes Zeugniß als ein inſtrumentum publicum anzuſehen;

Dennoch aber und dieweil 1) im gegenwärtigen Fall keinesweges von einer Bezahlung der Renten, welche das Hochgräfliche Haus den Pl. Erben ſelbſt geleiſtet, oder auch ſeinen colonis ihnen zu leiſten aufgetra-
44 gen, die Rede iſt, ſondern die Pl. Erben im Jahr 1626 die Immiſſion in die ihnen zur beſonderen Hypothek verſchriebenen Bauerhöfe im M. gerichtlich geſucht, und ſolche in dem darauf folgenden Jahr 1627 auch wirklich erhalten, einfolglich von der Zeit an wirkliche Pfandsinhaber dieſer Bauerhöfe zum Behuf ihrer aus den Aufkünften derſelben zu nehmenden jährlichen Befriedigung geworden, ein Pfandsinhaber aber bekannten Rechten nach nicht allein die Früchte, welche er aus der verpfändeten Sache erhalten zu haben geſtändig, ſondern auch diejenigen, welche er noch weiter aus derſelben hätte irgend erhalten können, ſich anrechnen zu laſſen ſchuldig, dafern er nicht wie recht beweiſen kann, daß er dieſe nicht erhaltenen Früchte ohne ſeine Schuld zu erhalten gehindert worden,

L. 3. *C. de pignor. act.*
L. 2. C. *de partu pign.*
PUFENDORF *introd. in proc. civ. Part.* 5. *cap.* 3. §. 6.

mithin die Pl. Erben in Anſehung aller praeſtandorum aus den Bauerhöfen, welche ſie nicht empfangen zu haben vorgeben, vom Jahr 1635 an daß ſie ſelbige aller angewandten Mühe ohngeachtet von den colonis nicht erhalten, ſpecifice vom jeden Jahr bey jedem colono um ſo mehr zu beweiſen verbunden, je mehr ihre Pflicht geweſen, von jedem Rückſtande der praeſtandorum ihrem Herrn Gläubiger im jeden Jahr gebührende Nachricht zu ertheilen, und von demſelben die Berichtigung des Rückſtandes zu ſuchen;

45 Auch 2) durch das ihrer Liquidation ſub Nr. 3. beygelegte Zeugniß des Gräflich B. Rentmeiſters E. vom 23. Febr. 1700 dieſer ihnen obliegende Beweis für beygebracht nicht gehalten werden mag, indem, wenn auch die Richtigkeit dieſer Schrift, als eines von E. zu der Zeit wirklich

ausgeſtellten Zeugniſſes, nicht bezweifelt werden ſollte, dennoch eines⸗theils dieſes Zeugniß eine bloße ſcriptura priuata iſt, die E. Amts wegen nicht ausſtellen mögen, und blos aus Freundſchaft der Wittib H. aus⸗geſtellet hat, ohne ſein Zeugniß mit einem Eide zu bekräftigen, andern⸗theils der Inhalt dieſes erſt am Ende des vorigen Jahrhunderts ertheil⸗ten Zeugniſſes ganz vage und allgemein abgefaßt worden, und wie viel die Pl. Erben ſeit dem Jahr 1635 in jedem Jahr von jedem Colono an Pächten zu erhalten vermögend geweſen, ſpecifice gar nicht beſtim⸗met, und zu der Zeit auch nicht mehr genau bezeugen können;

Als iſt unſere rechtliche Meinung:

Daß die Pl. Erben den Beweis, daß ſie die in ihrer Liquidation 46
vom Jahr 1635 an nicht angeführten praeſtanda aus den iure immiſſionis im Beſitz gehabten Gräflichen Bauerhöfen wirklich nicht erhalten haben auch zu erhalten nicht vermögend geweſen ſind, allerdings zu führen ſchuldig, auch denſelben durch das ih⸗rer Liquidation ſub Nr. 3. beygelegte Zeugniß des Gräflich B. Rentmeiſters E. wie recht zu führen nicht vermögend ſind.

Achte Frage:

Ob die Pl. Erben in ihrer Liquidation von den als erhalten ange⸗ 47
ſetzten praeſtandis die Proceßkoſten, welche ihrem Vorgeben nach durch Saumſeligkeit der colonorum verurſacht worden, imgleichen die faſt bey jedesjähriger Pachtlieferung für den colonis gereichte Speiſen u. d. g. angeſetzte Koſten abzuziehen für berechtiget zu halten?

Ob nun gleich 1) die angegebenen Proceßkoſten das Hochgräfliche 48
Haus im geringſten nicht anzugehen ſcheinen, da ſelbiges ſo wenig in dieſem Rechtsſtreit mit befangen geweſen, als zu deren Erſtattung ver⸗theilet worden, mithin daher demſelben dieſe Proceßkoſten nicht zur Laſt fallen möchten;

Und 2) die faſt bey jedesjähriger Pachtlieferung für den colonis ge⸗reichte Speiſen u. d. g. angeſetzte Koſten dem Hochgräflichen Hauſe daher ſchlechtweg zu Laſt gelegt werden möchten, weil die coloni bey Ablieferung der Pächte die ihnen gereichte Speiſe u. d. g. zu fordern be⸗

fugt,

fugt; mithin die Pl. Erben ihnen ſolche zu reichen verbunden geweſen; Und daher dieſe Unkoſten als nothwendige Unkoſten anzuſehen;

49 Dieweil aber dennoch 1) die zur Beytreibung der Pächte von den colonis ab Seiten der Pl. Erben verwandten Proceßkoſten, in ſo fern dieſe, daß ſie ſolche zu dieſem Zweck wirklich verwandt und bezahlt haben, erweiſen können, wohl als Koſten anzuſehen ſind, welche zum Behuf der Erhaltung der Bezahlung nothwendig verwandt werden müſſen, dergleichen nothwendige Koſten aber eine erhaltene Bezahlung ipſo iure vermindern,

L. 5. *pr. D. de impenſ. in res dot.*

MEVIUS *Part.* 8. *dec.* 254. *Nr.* 7.

und vom Gläubiger um ſo weniger getragen werden müſſen, je mehr ein Schuldner demſelben die Bezahlung frey zu leiſten verbunden, und ein Pfand auch für alle verwandte Koſten haftee,

L. 8. §. *f. D. de pignor. act.*

mithin das Hochgräfliche Haus, wenn es gleich nicht mit im Rechtsſtreit befangen geweſen, auch zur Erſtattung dieſer Koſten nicht vertheilet worden, dennoch aus dieſem Grunde ſelbige zu tragen ſich wohl nicht entbrechen möchte;

50 Hingegen 2) die faſt bey jedesjähriger Pachtlieferung für Speiſen u. d. g. ſo den colonis gereicht ſeyn ſollen, angeſetzten Unkoſten anlangend, ſelbige von den Pl. Erben als gleichfalls nothwendige Koſten von den erhaltenen Pächten nicht eher abgezogen werden mögen, als bis ſie, daß ſie dieſe Koſten zu machen ſchuldig geweſen, und jedesmal in der angegebenen Maaße wirklich verwandt, bewieſen haben;

Als halten wir in Rechten dafür:

51 Daß die Pl. Erben in ihrer Liquidation von den als erhalten angeſetzten jährlichen praeſtandis zwar die durch Saumſeligkeit der colonorum verurſachten erweislichen Proceßkoſten, hergegen die übrigen für Speiſen u. d. g. angeſetzten Koſten nicht anders als in ſo fern ſie, daß ſolche nothwendig bezahlt werden müſſen, bewieſen, abzuziehen für befugt zu halten.

Neunte

Neunte Frage:

Ob und in wie weit das Hochgräfliche Haus, wenn die vom Jahr 1635 an liquidirten Renten für verjährt nicht zu halten, auf das beneficium §phi de indaganda Inſtr. pac. oder quadrantis des Reichsabſchiedes von 1654 §. 173. zur Verminderung der Pl. Liquidation ſich berufen könne? 52

Ob nun zwar behauptet werden möchte, daß dem Hochgräflichen Hauſe das beneficium quadrantis des angeführten Reichsabſchiedes daher im gegenwärtigen Fall nicht zu ſtatten kommen könne, weil 1) dieſes beneficium nur denjenigen Schuldnern ertheilet worden, die zu der Zeit durch den 30jährigen Krieg ruinirt und ihre Gläubiger völlig zu befriedigen nicht vermögend geweſen, 53

cit. R. I. de ann. 1654. §. 171.

mithin nicht noch jetzt auf Schuldner auszudehnen, welche gegenwärtig dergleichen Unvermögen vorzuſchützen nicht vermögend:

auch 2) ſothanes beneficium nur die während des 30jährigen Krieges bis zur Zeit des publicirten Reichsabſchiedes aufgeſchwollene rückſtändige Zinſen betreffe, im gegenwärtigen Fall aber von Pl. Erben ſeit dem Jahr 1635 vornämlich rückſtändige Renten, die für keine eigentliche Zinſen zu halten, liquidiret worden;

und 3) wenn auch dieſes beneficium noch eintreten könnte, dennoch das Hochgräfliche Haus vor allen Dingen, daß daſſelbe zur Zeit des publicirten Reichsabſchiedes wirklich inſolvent geweſen, zu beweiſen verbunden;

BLUM *proc. camer. Tit.* 34. *Nr.* 205.

LAUTERBACH *coll. theor. pract. Tit. de uſur.* §. 33.

Dennoch aber und dieweil 1) der Gebrauch des gedachten §phi de indaganda Inſtr. pac. oder quadrantis in beſagtem Reichsabſchiede nicht blos auf die damalige Zeit eingeſchränkt, ſondern den damals unvermögenden Schuldnern in Anſehung der während des 30jährigen Krieges aufgeſchwollenen Zinſen überhaupt, mithin auch in ſo fern ſie oder ihre Erben desfalls noch lange nachher belanget werden ſollten, verſtattet worden, und dem zu Folge auch noch Beyſpiele von neueren Zeiten 54

wie z. E. vom Jahr 1750 vorhanden, wo beym Cammergericht auf das beneficium quadrantis geſprochen iſt;

CRAMER *Tom.* I. *obſ.* 29.

Auch 2) es gar keinem Zweifel unterworfen, daß vermöge dieſes beneficii einem unvermögenden Schuldner ¾ nicht blos von eigentlichen Zinſen, ſondern auch von Renten, die an ſtatt derſelben verkauft worden, in ſo fern ſie während des 30jährigen Krieges aufgeſchwollen, erlaſſen ſeyn ſollen, indem im angeführten

R. I. de ann. 1654. §. 173.

ſolches nicht blos bey eigentlichen Zinſen, ſondern auch bey verfloſſenen und unbezahlten Penſionen verſtattet worden;

NEVROD *ad cit. R. I.* §. 171. *obſ.* 356.

GAMBSIVS *eodem pag.* 397.

Und 3) vom Hochgräflichen Hauſe der Beweis des damaligen Unvermögens deſſelben um ſo leichter wird geführet werden können, da selbiges bereits in einer anderen gegen die Erbgenahmen v. D. in puncto debiti beym Cammergericht verhandelten Sache vermöge der Anlage ſub Lit. G. zu dieſem beneficio wirklich zugelaſſen worden;

Als geht unſere rechtliche Meinung dahin:

55 Daß das Hochgräfliche Haus, wenn die vom Jahr 1635 an liquidirte Renten für verjährt nicht zu achten, in Anſehung des bis zum Jahr 1654 liquidirten Rückſtandes auf das beneficium §phi de indaganda Inſtrum. pac. oder quadrantis ſich zu berufen aberdings für befugt zu halten.

Zehnte Frage:

56 Ob und was ſonſt noch für Einreden der Liquidation mit Grunde entgegen geſetzt werden möchten?

Dieſe möchten auſſer demjenigen, was bereits in den zu dieſem Ende etwas veränderten vorhergehenden Fragen angeführet worden, den angeſetzten Werth der jährlichen Rente vom Jahr 1635 an bis 1698, und der vom Jahr 1635 an bis 1776 erhaltenen Naturalpräſtationen betreffen.

Ob nämlich gleich 1) die von den Pl. Erben ihrer letzten Liquidation ſub Nr. 4. beygelegte Tabelle, nach welcher ſie den jährlichen Werth der Rente von 100 goldenen Rheiniſchen Gülden von 1635 an bis 1673 unter 143 Rthlr. 21 ß., und von 1673 an bis 1698 über 143 Rthlr. 21 ß. gerechnet, der vom vormaligen Cammergerichts-Aſſeſſore

LVDOOLPH *obſ.* 121.

angeführten und gebilligten Tabelle völlig gemäß iſt;

auch 2) der von ihnen angeſetzte Werth der jährlich von den Gräflichen colonis erhaltenen Naturalpräſtationen vielleicht nicht unbillig ſeyn möchte;

Dieweil aber dennoch 1) die Wittib H. in ihrer im Jahr 1698 über- 57
gebenen Liquidation den Werth der jährlichen Rente von 100 goldenen Rheiniſchen Gülden vom Jahr 1635 bis 1698 durchgehends zu 143 Rthlr. 21 ß. angenommenen Werth, und nach dieſem angenommenen den Rückſtand liquidiret, mithin die jetzigen Inhaber der Rente als ihre Erben in ſo fern ihr factum präſtiren, und den Rückſtandes bis dahin nicht höher anſetzen müſſen, ob ihnen gleich den weiteren nach dem Jahr 1698 erfolgten Rückſtand nach einem höheren Werth eines goldenen Rheiniſchen Güldens anzuſetzen, unbenommen bleiben würde;

Und 2) die Pl. Erben durch ihr bloßes Angeben der angeſetzten Preiſe 58
der von den Gräflichen colonis jährlich erhaltenen Naturalpräſtationen an Getraide und Vieh die Richtigkeit dieſer Preiſe noch nicht beygebracht, und daher ſolche beſſer beyzubringen ſich nicht entbrechen mögen, wogegen dem Hochgräflichen Hauſe deſſelben Einreden und Gegenbeſcheinigung unbenommen bleiben;

Als halten wir noch in Rechten dafür:

Daß das Hochgräfliche Haus den in der letzten Liquidation ange 60
ſetzten Werth der rückſtändigen jährlichen Renten von 1635 bis 1698 nach der beygelegten Tabelle anzuerkennen nicht ſchuldig, auch von den Pl. Erben eine Beſcheinigung der Richtigkeit der angeſetzten Preiſe der von den Gräflichen colonis bisher erhaltenen Naturalpräſtationen an Getraide und Vieh zu verlangen für befugt zu halten.

WERNHER *Part.* 9. *obſ.* 187. *Nr.* 2.
PVFENDORF *Tom.* 4. *obſ.* 101. §. 5. *ſqq.*

Hiernächſt 2) im gegenwärtigen Fall ab Seiten des angegebenen Gräflichen creditoris immiſſi, in ſo fern derſelbe die ihm gebührende Rente ſeit mehr als 100 Jahren in jederzeit currenter Münze, ohne auf ein agio zu ſehen, und ſich desfalls etwas vorzubehalten, angenommen, ein ſolches factum vorhanden, wodurch derſelbe mit geringeren in jederzeit currenter Münze zu bezahlenden Renten zufrieden zu ſeyn zureichend zu erkennen gegeben;

Dahingegen 3) in Anſehung der Pl. Erben dergleichen factum wohl nicht vorhanden ſeyn möchte, da ſie nicht allein über die jährliche Bezahlung ihrer Rente nie quitiret, und die Bezahlung der von den Gräflichen colonis erhaltenen Pächte nur abſchläglich angenommen, ſondern auch bereits im Jahr 1698 durch den in der Liquidation auf 143 Rthlr. 21 ß. feſtgeſetzten Werth ihrer Rente ein agio liquidiret haben;

Als erachten wir den Recht gemäß zu ſeyn:

65 **Daß zwar der in der zweyten Geſchichtserzählung bemerkte Gräfliche creditor immiſſus wegen der bereits gehobenen und noch zu hebenden Renten ein agio zu fordern nicht für berechtiget, allein die Pl. Erben daſſelbe zu fordern wohl für befugt zu halten.**

Alles von Rechts wegen.

CONSILIVM LXXXIX.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Si de validitate nominis oppignorati quaeſtio mouetur, leges loci, vbi facta eſt oppignoratio, principia deciſioni formandae ſuppeditant. Hincque ſi e. g. Lubecae oppignoratio facta ſumitur, ſecundum ius Lubecenſe validitas eius aeſtimari debet.

II. Qui inſtrumentum ſuper nomine actiuo confectum, quod ipſi ceſſum eſt, Lubecae pignori dat bona fide illud accipienti, validam oppignorationem fecit iure Lubecenſi, etiamſi contra validitatem ceſſionis iure poſſit moneri.

III. Iure communi maritus poteſt valide oppignorare nomen, quod ipſi in dotem datum eſt, idque actu facit, dum inſtrumentum de eo confectum, quod in manibus habet, tertio in ſecuritatem crediti tradit.

IV. Ad validitatem ceſſionis ipſius non requiritur, vt titulus inſtrumento de ceſſione facta inſeratur, qui ceſſioni locum dedit.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio prima n. 2.
Ceſſio nominis ſecundum leges loci, vbi facta eſt ceſſio diiudicanda venit. n. 3.
Secundum ius Lubecenſe validitas nominis oppignorati a validitate ceſſionis non dependet. n 4.
Hinc Lubecae facta oppignoratio nominis etiam ſubſiſtit vi iuris Lubecca obtinentis, etiamſi validitas ceſſionis deſit. n. 5.
Refutatio rationum dubitandi. n. 6.
Deciſio quaeſtionis primae. n. 7.
Quaeſtio ſecunda. n. 8.
Ad validam oppignorationem iure Lubecenſi duo requiruntur, id eſt, vt cum res pignori data nec furto nec rapina ſit adquiſita, tum eam pignori adcipiens bona fide oppignoran-

norantem eius dominum eſſe putet n. 9.

Rationes dubitandi vtrum in dato caſu bona fide creditor nomen oppignoratum acceperit. n. 10. et ſequent.

An expreſſio ad validitatem ceſſionis requiratur, quaeritur. n. 11. et negatur. n. 16.

Ceſſio a femina facienda iure Lubecenſi conſenſu curatoris eius opus habet. n. 12.

Qui nomen alienum non niſi praeuia ceſſione ſibi oppignorari permiſit, non poteſt dici mala fide id loco pignoris adcepiſſe. n. 13.

Bona fides praeſumitur. n. 14.

Refutatio rationum dubitandi bonae fidei pignus in dato caſu adcipientis oppoſitarum. n. 15.

A mercatore exigi non poteſt, vt apicum iuris ſit peritus, eiusque bonae fidei non obſtat, ſi nomen cuius ceſſio quidem ſed non rite facta, ſibi pignori dari paſſus eſt. n. 17.

Deciſio quaeſtionis ſecundae. n. 18.

Quaeſtio tertia. n. 19.

Rationes adducuntur, ex quibus ſocrus in dato caſu nomen oppignoratum de iure communi videri poſſit ſibi vindicare. n. 20.

Refutatio dubiorum, a) quod nomen oppignoratum dotale fuit. n. 21.

Cuius qualitas per pactum adiectum de parte vſurarum ad dies vitae a ſacru percipienda non ſublata dici poteſt. n. 22.

b) neque inpugnare poteſt femina oppignorationem nominis ſibi competentis ſi ipſa ceſſione ſimulata creditorem ad illud pignoris loco adcipiendum induxit. n. 23.

Als uns nachſtehende Geſchichtserzählung nebſt angehängten Rechtsfragen zugeſendet, und wir darüber unſer in den Rechten gegründetes Gutachten zu ertheilen gebeten worden;

Demnach erachten wir nach fleißiger deren Verleſung und collegialiter gepflogenen Erwägung den Rechten gemäß zu ſeyn:

1 Hat Andreas P. ein Hollſteiniſcher Pächter, der wegen der zu zahlenden Pachtgelder in Verlegenheit gekommen, ſeine bey ihm wohnende Schwiegermutter Auguſte Sophie Magdalene Sch. im May 1774 erſucht, ihm eine Obligation, um auf ſelbige das ihm nöthige Geld aufzunehmen, zu überlaſſen, und von dieſer ſeiner Schwiegermutter auch zu dieſem Ende eine von der Stadt A. unter dem 14. Ian. 1763 an ſie aus-

ausgeſtellte Schuld- und Pfandverſchreibung auf 1000 Rthlr. erhalten, welche Obligation, wie es ſich nachher gezeiget, ſeine Schwiegermutter ihm zum Brautſchatz mitgegeben, und wegen eines in den Ehepacten ſich Zeitlebens vorbehalten, ihrem Schwiegerſohn aber auf ſein Bitten und Flehen auf 4 Wochen hingegeben, um in ſeiner äuſſerſten Verlegenheit Geld zu borgen.

Iſt Andreas P. mit dieſer Obligation zu dem Kaufmann Herrn Michael Gottfried E. in L. gekommen, und hat auf ſelbige als auf ein handhabendes Pfand ein Darlehn von 1000 Rthlr. geſucht, welches derſelbe, ihm zu leihen, ſich erbothen, wenn er zu dieſer Obligation ſich gebührend würde legitimiret haben.

Nachdem hierauf Andreas P. den ſub lit. A. beygelegten Ceſſionsſchein ſeiner Schwiegermutter vom 26. May 1774, welchen, wie Herr E. erſt nachher erfahren, die Tochter anſtatt der Mutter, jedoch mit deren Vorwiſſen unterſchrieben, beygebracht, und gegen Verpfändung der cedirten Obligation den 27. May 1774 laut der ſub lit. B. beygelegten Obligation vom 12. Apr. 1775 das verlangte Dahrlehn von 1000 Rthlr. wirklich ausgezahlt erhalten; hat der Schuldner bonis cedirt, und deſſen Schwiegermutter Sch. die verpfändete Obligation als ihr Eigenthum ohnentgeltlich zurück verlanget, weil einestheils der Ceſſionsſchein wegen Mangel eines angegebenen tituli und nöthiger Mitunterſchrift ihres Curatoris für ungültig zu halten, anderntheils auch ſo wenig die Schwiegermutter als ihre Tochter die Ehefrau des Schuldners ihren weiblichen Rechtswohlthaten in dem Ceſſionsſcheine gebührend entſaget; Und entſtehen daher folgende Fragen:

Erſte Frage:

Ob die Gültigkeit der vom Schuldner P. geſchehenen Verpfän- 2
dung der in Frage ſtehenden Obligation nach Lübſchen, oder blos nach gemeinen Rechten zu beurtheilen?

Ob nun wohl 1) ſo wenig der Schuldner, der die in in Frage ſte- 3
hende Obligation wie eine ihm von ſeiner Schwiegermutter cedirte Obligation verpfändet, als deſſen Schwiegermutter Sch. in L. wohnhaft ſind, und daher für ihre Perſon den L. Rechten nicht unterworfen ſeyn mögen;

Ingleichen 2) die Ceſſion ſelbſt nach dem Inhalt des Ceſſionsſcheins zu C. und nicht in L. geſchehen;

mithin 3) in Anſehung derſelben nicht L., ſondern C. pro loco contractus zu halten, nach deſſen Geſetzen ſie den Rechten nach zu beurtheilen;

arg. L. 6. D. de euict.

Auch 4) die Verordnung des L. Rechts, ſeinen Glauben da wiederum zu ſuchen, wo man ihn gelaſſen, blos auf L. Bürger einzuſchränken ſeyn möchte, denen allein das L. Recht aufgeben können, wohl zuzuſehen, wem ſie das Ihrige ausleihen und vertrauen,

Ius Lubec. Part.. 3. tit. 2. art. 2.

Und daraus, daß auch die Gültigkeit der geſchehenen Verpfändung dieſer Obligation nicht nach L., ſondern blos nach gemeinen Rechten zu beurtheilen, geſchloſſen werden möchte;

4 Dennoch aber und dieweil 1) die Gültigkeit der vom Schuldner P. geſchehenen Verpfändung der in Frage ſtehenden Obligation von der Gültigkeit der von der Schwiegermutter Sch. an ihren Schwiegerſohn P. geſchehenen Ceſſion derſelben um ſo mehr zu unterſcheiden, je weniger es einem gegründeten Zweifel unterworfen, daß nach L. Rechten erſtere mit letzterer in keiner Verbindung ſteht, da nach L. Rechten ein Schuldner eine ihm nicht eigenthümliche Sache, wenn ſie nur nicht geraubt oder geſtohlen iſt, ſeinem Gläubiger verpfänden mag;

Ius Lubec. Part. 3. tit. 4. art. 8. 9.

5 Daneben 2) der Schuldner P. in der Stadt L. mit dem Herrn E, als einem daſelbſt wohnhaften Kaufmann, ſowohl den Darlehns als auch den damit verbundenen Pfandscontract, laut der darüber ausgeſtellten Schuld- und Pfandverſchreibung vom 12. Apr. 1775 errichtet und vollzogen,

Einfolglich 3) in Anſehung der geſchehenen Verpfändung die Stadt L. ohnſtreitig pro loco contractus zu halten, nach deſſen Geſetzen dieſe Verpfändung beurtheilet, und in deſſen Gerichten die angefochtene Gültigkeit derſelben entſchieden werden muß;

arg. L. 6. D. de euict.

HERTIVS *de colliſione legum. Sect.* 4. §. 7. 10.

Auch

Auch 4) dieſem dasjenige, was in den Zweifelsgründen angeführet 6
worden, nicht entgegenſteht, indem quoad 1) hier nicht die Rede von den Geſetzen, nach welchen die Gültigkeit einer vom erſtern geſchehenen Verpfändung einer Sache, die letztere ſich eigenthümlich anmaßen will, den Rechten nach zu beurtheilen; quoad 2 et 3) die von der Schwiegermutter geſchehene Ceſſion der Obligation von der vom Schwiegerſohn geſehenen Verpfändung gänzlich verſchieden, mithin gar wohl an verſchiedenen Orten geſchehen können, und nach verſchiedenen Rechten zu beurtheilen; und quoad 4) die angeführte Verordnung des L. Rechts ſo wenig in Anſehung der Worte, als in Anſehung des Zwecks, der in der nöthigen Sicherheit des Beſitzes beſteht,

MEVIUS *ad ius Lubec. Part.* 3. *tit.* 2. *art.* 2. *Nr.* 5. *ſq.*

eine Einſchränkung auf Bürger oder deren Sachen leidet, überdem auch die Sch. die Anwendung des L. Rechts auf dieſe Verpfändung um ſo weniger für unbillig halten mag, da ſie die Obligation ihrem Schwiegerſohn zu dem Ende überlaſſen, daß er darauf in L. Geld zu erhalten ſuchen möchte;

Als halten wir in Rechten dafür:

Daß die Gültigkeit der vom Schuldner P. geſchehenen Verpfän- 7
dung der in Frage ſtehenden Obligation nicht blos nach gemeinen, ſondern auch vornämlich nach L. Rechten zu beurtheilen.

Zweyte Frage:

Ob dieſe vom Schuldner P. geſchehene Verpfändung der A. Obliga 8
tion bey dem Herrn Michael Gottfried E. nach angeführten Umſtänden nach L. Rechten für beſtändig zu halten?

Ob nun zwar 1) nicht geleugnet werden mag, daß zur Gültigkeit ei- 9
ner einem Gläubiger geſchehenen Verpfändung einer fremden Sache nach L. Rechten zwey Stücke erfordert werden, nämlich, daß nicht nur die Sache eine nicht geraubte und geſtohlne Sache, ſondern auch der Gläubiger ſolche bona fide, als eine dem Schuldner, der ſie verpfändet, gehörige Sache angenommen;

MEVIUS *ad ius Lubec. Part.* 3. *tit.* 2. *art.* 2. *Nr.* 29. *ſq.*

10 Und 2) im gegenwärtigen Fall Umſtände eintreten, woraus, daß
der Herr Gläubiger E. von ſeinem Schuldner P. die A. Obligation nicht
bona fide als ein demſelben gehöriges Pfand annehmen können, ge-
ſchloſſen werden möchte, immaßen der Ceßionsſchein die ſichtbaren Feh-
11 ler an ſich habe, daß nicht allein in demſelben kein *titulus*, woraus dem
Schuldner dieſe Obligation von ſeiner Schwiegermutter cediret worden,
enthalten, welche *expreſſionem tituli* bewährte Rechtsgelehrte zur Gül-
tigkeit eines Ceſſionsſcheinsnothwendig erfordern,

arg. L. 31 pr. D. de adquir. rer. dom.

BRVNNEMANN *de ceſſione act. cap. 1. Nr. 96.*

12 ſondern auch derſelbe durch Mitunterſchrift des Curatoris der Cedentin nicht beſtärket worden, da doch ein Frauenzimmer nach L. Rechten ohne Einwilligung ihres Curatoris eine gültige Ceſſion nicht unternehmen mag;

Ius Lubec. Part. 1. tit. 10. art. 1.

Und daher, daß dieſe Verpfändung ſelbſt nach L. Rechten für beſtändig nicht zu halten, es den Anſchein haben möchte;

Dennoch aber und dieweil dasjenige, was nach L. Rechten zur Gültigkeit einer geſchehenen Verpfändung einer fremden Sache erfordert wird, im gegenwärtigen Fall allerdings vorhanden, indem nicht allein die Qualität der verpfändeten Sache, daß ſolche nicht geraubt und geſtohlen, nicht geleugnet wird, ſondern auch *bona fides* ab Seiten des Herrn Gläubigers nicht bezweifelt werden mag,

13 anerwogen 1) Herr E. dem Schuldner P. das verlangte Darlehn auf die A an deſſen Schwiegermutter ausgeſtellte Obligation zu geben ſo lange Bedenken getragen, bis dieſer ſich zu dieſer Obligation gebührend legitimiret, auch das Geld ihm nicht eher ausgezahlet und die Obligation nicht eher als ein Unterpfand angenommen, als bis P. einen von ſeiner Schwiegermutter unterſchriebenen Ceſſionsſchein beygebracht;

14 Ueberdem auch 2) bekannten Rechten nach *bona fides* eines Beſitzers vermuthet wird, und derſelbe ſolche zu erweiſen nicht verbunden iſt, ſondern vielmehr das Gegentheil von dem, der *malam fidem* vorſchützet bewieſen werden muß,

L. 21. D. de probat.

C. 47. de reg. iur. in 6.

LAVTERBACH *coll. theor. pract. Tit. de vſurpat.* §. 13.

zu welchem Ende demſelben ſich allenfalls der Eidesdelation zu bedienen frey ſtehet;

MEVIVS *ad ius Lubec. loc. cit. n.* 30.

Und 3) was in den Zweifelsgründen gegen des Herrn E. bonam 15
fidem erinnert worden, demſelben im geringſten nicht entgegen ſtehet, angeſehen, was die angeführten Fehler des Ceſſionsſcheins anbetrifft,
a) der Mangel des Ausdrucks eines tituli, woher die Ceſſion geſchehen, 16
zwar nach neuern Sächſiſchen, aber nicht nach gemeinen Rechten, die den Ausdruck eines tituli im Ceſſionsſchein nirgends erfordern,

LAVTERBACH *Diſſ. de procurat. in rem ſuam th.* 14.

beſonders wenn die Ceſſion wie hier zwiſchen nahen Anverwandten geſchehen,

FRANTZKIVS *Lib.* I. *reſol.* 8. *n.* 10.

LENTZ *de ceſſione act. C.* 22. *n.* 23.

für einen ſichtbaren Fehler eines Ceſſionsſcheins zu halten; nicht zu gedenken, daß die Ceſſion ſelbſt ihrer Natur nach nicht als eine traditio nuda, wovon in dem angeführten

L. 31. *pr. D. de adquir. rer. domin.*

die Rede, ſondern als eine traditio non nuda vel qualificata anzuſehen,

L. 52. §. 1. *D. de verb. obligat.*

die natürliche ſo fort das Recht auf den accipientem bringt, cum nihil tam conueniens ſit naturali aequitati, quam voluntatem domini rem ſuam in alium transferre, ratam haberi,

§. 4 *Inſt. de rer. diuiſ.*

ferner b) Herr E. den Ceſſionsſchein, wenn derſelbe gleich den Rechten 17
nach fehlerhaft, dennoch gar wohl um ſo mehr bona fide für gültig und richtig halten mögen, je weniger bey einen Kaufmann eine Wiſſenſchaft der apicum iuris zu vermuthen, und je weniger es einem gegründeten Zweifel unterworfen, daß auch ein error iuris, wenn er auch für überwindlich zu halten, dennoch bonam fidem nicht ausſchließt,

 L. 25.

L. 25. §. 6. *D. de heredit. petit.*

L. 12. §. 3. *D. de liberal. cauſſ.*

daher c) derſelbe auch vermöge dieſes Ceſſionsſcheins die A. Obligation als eine dem Schuldner von ſeiner Schwiegermutter valide überlaſſene Obligation per errorem facti bona fide anſehen, und das Verlangte darauf als auf eine dem Schuldner gehörige Sache leihen können;

L. 109. *D. de verb. ſignific.*

Als ſind wir der rechtlichen Meinung:

18 Daß dieſe vom Schuldner P. geſchehene Verpfändung der A. Obligation bey bewandten Umſtänden nach L. Rechten allerdings für beſtändig zu halten.

Dritte Frage:

19 Ob dieſe vom Schuldner P. geſchehene Verpfändung der A. Obligation auch ſchon nach gemeinen Rechten für beſtändig zu halten?

20 Ob nun gleich von Seiten der Wittwe S. behauptet werden möchte, daß ſie die von ihrem Schwiegerſohn P. verſetzte A. Obligation ohnentgeltlich zurück zu fordern nach gemeinen Rechten für befugt zu halten,

dieweil 1) die vorgegebene Ceſſion dieſer Obligation von ihr ſo wenig überhaupt, als beſonders, wegen ermangelnder Einwilligung ihres Curatoris, auf eine zu Recht beſtändige Weiſe geſchehen, einſolglich dieſe Obligation der vorgegebenen Ceſſion ohngeachtet, als ihr Eigenthum anzuſehen;

Ferner 2) wenn ſie gleich aus Liebe zu ihrem Schwiegerſohn dieſem die Obligation, um darauf das nöthige Geld zu borgen, geliehen, dennoch dieſes bekannten Rechten nach eine Art der Interceſſion involvire,

L. 7. *C. ad SCtum Velleian.*

wogegen ihr das beneficium SCti Velleiani um ſo mehr zu ſtatten kommen müſſe,

L. 32. §. 1. *D. ad SCtum Velleian.*

da 3) der Gläubiger Herr E. dieſe eigentliche Beſchaffenheit der Sache vermuthlich wohl gewußt, oder doch wenigſtens wegen des fehlerhaften

Ceſſionsſcheins wohl wiſſen können, und daher gegen ihre weibliche Rechtswohlthat eine iuſtam ignorantiam vorzuſchützen nicht vermöchte;

L. 17. pr. D. eodem.

Ueberdem auch 4) ſie bey dieſer Interceſſion ihren weiblichen Rechtswohlthaten keinesweges entſaget, und daher ſich derſelben zu bedienen nicht nur nach gemeinen, ſondern auch ſelbſt nach L. Rechten für wohl befugt zu halten;

MEVIUS *ad ius Lubec. Part.* I. *tit.* 10. *art.* I. *n.* 64. *ſqq.*

Dennoch aber und dieweil 1) wenn gleich die in den Ceſſionsſchein bemeldete Ceſſion ſo wenig für dadurch erwieſen, als an ſich für zu Recht beſtändig zu halten, dennoch die Wittwe S. ihre A. Obligation ihrem Schwiegerſohn P. vermöge der Ehepacten zum Brautſchatz mitgegeben, und daher dieſe Obligation als ein nomen dotale anzuſehen, ſo eo ipſo ohne alle weitere Ceſſion dem Schuldner P. bekannten Rechten nach in der Maße für überlaſſen zu halten, daß er ſolches als ein nomen proprium nach Belieben und Wohlgefallen wohl eintreiben und daher auch verpfänden mögen, 21

L. 2. C. de obligat. et act.

mithin dasjenige, was bey den Zweifelsgründen ad c) von dem der Wittwe S. noch zuſtehenden Eigenthum dieſer Obligation angeführet worden, keine Anwendung haben mag;

Auch 2) die qualitas nominis dotalis und das dem Schwiegerſohn 22
daran zuſtehende Recht dadurch nicht verändert worden, daß die Wittwe S. in den Ehepacten einen Theil der Zinſen per pactum adiectum ad dies vitae ſich vorbehalten, und die Obligation in Händen behalten, indem ihr aus dieſem pacto adiecto ein perſönliches Recht wegen dieſer vorbehaltenen Zinſen, ſo ihr nicht ſtreitig gemacht wird, gegen ihren Schwiegerſohn zuſtehet, und ſie den zu deſſen Sicherheit behaltenen Beſitz der Obligation ihrem Schwiegerſohn freywillig überlaſſen;

Ferner 3) wenn auch die A. Obligation als eine der Wittwe S. wirklich gehörige und nicht dem Schwiegerſohn zum Brautſchatz mitgegebene Obligation von dieſem als eine ihm zuſtehende Obligation nicht verpfändet werden mögen, dennoch die Wittwe S. dadurch, daß ſie ihm ſolche 23

Eilfte Frage:

60 Ob der in der zweyten Geſchichtserzählung bemerkte Gräfliche creditor immiſſus, der ſeit 100 und mehreren Jahren die ihm gebührende Rente von den Gräflichen Pachtpflichtigen colonis jederzeit in der zur Zeit der Entrichtung gangbaren Münze angenommen ohne auf den Unterſcheid der abnehmenden Güte des Geldes zu ſehen, ein agio nachzufordern für berechtiget zu halten, und ob die Pl. Erben in gegenwärtiger Liquidation ein agio zu fordern berechtiget ſind?

61 Ob nun zwar 1) es ſeine ohnſtreitige Richtigkeit hat, daß nach gemeinen Rechten ein Schuldner ſeinem Gläubiger nicht nur die jährlichen Zinſen, ſondern auch die ſtatt derſelben verkauften jährlichen Renten nach eben der Güte zu bezahlen verbunden iſt, wornach er das dafür vom Gläubiger bezahlte Geld erhalten hat;

CARPZOV *Lib.* 5. *Reſp.* 93. *Nr.* 31. *ſqq.*

WERNHER *Part.* 9. *obſ.* 187.

I. H. BOEHMER *Conſult. Tom.* 2. *Part.* 1. *Reſp* 443. *Nr.* 3.

62 Und 2) wenn gleich ein Gläubiger durch eine beſtändig fortgeſetzte Annehmung der Zinſen nach einem geringeren Münzfuß ſich nicht allein in Anſehung der vergangenen, ſondern auch der künftigen Zeit vermöge eines dadurch geſchloſſenen ſtillſchweigenden pacti remiſſorii den Rechten nach präjudiciret,

L. 13. *pr. D. de vſur.*

L. 5., *L.* 8. *C. eodem.*

VOET. *ad D. Tit. de vſur.* §. 14.

IVST. HENN. BOEHMER *loc. cit. Nr.* 7. *ſqq.*

dennoch einige Rechtslehrer dieſes auf Annehmung geringerer jährlicher Renten daher nicht erſtrecken wollen, weil ihrer Meinung nach der Grund dieſer ſtillſchweigenden Remißion in einem odio der Zinſen zu ſuchen, welches bey jährlichen Renten nicht eintreten möchte;

BRVNNEMANN *ad cit. L.* 5. *C. de vſur. Nr.* 5.

CRAMER *Tom.* 1. *obſ.* 94.

Und

Und hieraus, daß gedachter Gräflicher Creditor immiſſus, ohngeachtet der bisherigen Annehmung der Bezahlung ſeiner Renten in courſirendem geringen Gelde, ein agio nachzufordern und auch die ferneren Renten mit demſelben zu verlangen wohl befugt ſey, geſchloſſen werden möchte;

Dennoch aber und dieweil 1) die in Rechten enthaltene Verordnung, daß ein Gläubiger durch eine beſtändig fortgeſetzte Annehmung geringerer Zinſen den ihm gebührenden größeren nicht nur in Anſehung der vergangenen, ſondern auch der künftigen Zeit kräftig entſaget, keinesweges auf bloße eigentliche Zinſen einzuſchränken, ſondern auch auf jährliche Renten zu erſtrecken, anerwogen a) der wahre Grund dieſer Verordnung in dem in Geſetzen enthaltenen fauore liberationis lieget, 63

L. 47. D. de oblig. et act.

und aus einem ſolchen facto des Gläubigers deſſen Abſicht, von ſeinem Schuldner nicht mehr, als er bisher erhalten, zu verlangen, natürlich geſchloſſen werden muß,

VOET. *ad Dig. Tit. de vſur.* §. 14.

auch b) im Canoniſchen Rechte gedachte Verordnung ausdrücklich auf andere jährliche Abgaben wenigſtens nach Verlauf eines longiſſimi temporis erſtrecket worden,

C. 20. X. de cenſibus exact. et procur.

und c) der aus dem odio vſurarum hergenommene Grund einestheils aus den Geſetzen nicht als der wahre Grund zu erweiſen, anderntheils auch bey jährlichen Renten um ſo mehr eintreten würde, je gewiſſer es iſt, daß ſelbige ſtatt der eigentlichen Zinſen als ein ſurrogatum derſelben eingeführet worden, und einen Schuldner noch ſtärker als eigentliche Zinſen drücken,

LVDOPH *obſ.* 172.
CARPZOV *Part.* 2. *Conſtit.* 2. *def.* 6. *Nr.* II.

daher auch d) dieſe Erſtreckung durch die gemeine Meinung der bewährteſten Rechtslehrer beſtätiget wird; 64

CARPZOV *loc. cit. Nr.* 9. *ſqq.*
BERGER *Part.* I. *Reſponſ.* 221.

WERNHER *Part.* 9. *obſ.* 187. *Nr.* 2.
PVFENDORF *Tom.* 4. *obſ.* 101. §. 5. *ſqq.*

Hiernächſt 2) im gegenwärtigen Fall ab Seiten des angegebenen Gräflichen creditoris immiſſi, in ſo fern derſelbe die ihm gebührende Rente ſeit mehr als 100 Jahren in jederzeit currenter Münze, ohne auf ein agio zu ſehen, und ſich desfalls etwas vorzubehalten, angenommen, ein ſolches factum vorhanden, wodurch derſelbe mit geringeren in jederzeit currenter Münze zu bezahlenden Renten zufrieden zu ſeyn zureichend zu erkennen gegeben;

Dahingegen 3) in Anſehung der Pl. Erben dergleichen factum wohl nicht vorhanden ſeyn möchte, da ſie nicht allein über die jährliche Bezahlung ihrer Rente nie quitiret, und die Bezahlung der von den Gräflichen colonis erhaltenen Pächte nur abſchläglich angenommen, ſondern auch bereits im Jahr 1698 durch den in der Liquidation auf 143 Rthlr. 21 ß. feſtgeſetzten Werth ihrer Rente ein agio liquidiret haben;

Als erachten wir den Recht gemäß zu ſeyn:

65 Daß zwar der in der zweyten Geſchichtserzählung bemerkte Gräfliche creditor immiſſus wegen der bereits gehobenen und noch zu hebenden Renten ein agio zu fordern nicht für berechtiget, allein die Pl. Erben daſſelbe zu fordern wohl für befugt zu halten.

Alles von Rechts wegen.

CON-

CONSILIVM LXXXIX.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Si de validitate nominis oppignorati quaeſtio mouetur, leges loci, vbi facta eſt oppignoratio, principia deciſioni formandae ſuppeditant. Hincque ſi e. g. Lubecae oppignoratio facta ſumitur, ſecundum ius Lubecenſe validitas eius aeſtimari debet.

II. Qui inſtrumentum ſuper nomine actiuo confectum, quod ipſi ceſſum eſt, Lubecae pignori dat bona fide illud accipienti, validam oppignorationem fecit iure Lubecenſi, etiamſi contra validitatem ceſſionis iure poſſit moneri.

III. Iure communi maritus poteſt valide oppignorare nomen, quod ipſi in dotem datum eſt, idque actu facit, dum inſtrumentum de eo confectum, quod in manibus habet, tertio in ſecuritatem crediti tradit.

IV. Ad validitatem ceſſionis ipſius non requiritur, vt titulus inſtrumento de ceſſione facta inſeratur, qui ceſſioni locum dedit.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio prima. n. 2.
Ceſſio nominis ſecundum leges loci, vbi facta eſt ceſſio diiudicanda venit. n. 3.
Secundum ius Lubecenſe validitas nominis oppignorati a validitate ceſſionis non dependet. n. 4.
Hinc Lubecae facta oppignoratio nominis etiam ſubſiſtit vi iuris Lubecca obtinentis, etiamſi validitas ceſſionis deſit. n. 5.
Refutatio rationum dubitandi. n. 6.
Deciſio quaeſtionis primae. n. 7.
Quaeſtio ſecunda. n. 8.
Ad validam oppignorationem iure Lubecenſi duo requiruntur, id eſt, vt cum res pignori data nec furto nec rapina ſit adquiſita, tum eam pignori adcipiens bona fide oppignoran-

norantem eius dominum eſſe putet n. 9.
Rationes dubitandi vtrum in dato caſu bona fide creditor nomen oppignoratum acceperit. n. 10. *et ſequent.*
An expreſſio ad validitatem ceſſionis requiratur, quaeritur. n. 11. *et negatur.* n. 16.
Ceſſio a femina facienda iure Lubecenſi conſenſu curatoris eius opus habet. n. 12.
Qui nomen alienum non niſi praeuia ceſſione ſibi oppignorari permiſit, non poteſt dici mala fide id loco pignoris adcepiſſe. n. 13.
Bona fides praeſumitur. n. 14.
Refutatio rationum dubitandi bonae fidei pignus in dato caſu adcipientis oppoſitarum. n. 15.
A mercatore exigi non poteſt, vt apicum iuris ſit peritus, eiusque bonae fidei non obſtat, ſi nomen cuius ceſſio quidem ſed non rite facta, ſibi pignori dari paſſus eſt. n. 17.
Deciſio quaeſtionis ſecundae. n. 18.
Quaeſtio tertia. n. 19.
Rationes adducuntur, ex quibus ſocrus in dato caſu nomen oppignoratum de iure communi videri poſſit ſibi vindicare. n. 20.
Refutatio dubiorum, a) *quod nomen oppignoratum dotale fuit.* n. 21.
Cuius qualitas per pactum adiectum de parte vſurarum ad dies vitae a ſacru percipienda non ſublata dici poteſt. n. 22.
b) *neque inpugnare poteſt femina oppignorationem nominis ſibi competentis ſi ipſa ceſſione ſimulata creditorem ad illud pignoris loco adcipiendum induxit.* n. 23.

Als uns nachſtehende Geſchichtserzählung nebſt angehängten Rechtsfragen zugeſendet, und wir darüber unſer in den Rechten gegründetes Gutachten zu ertheilen gebeten worden;

Demnach erachten wir nach fleißiger deren Verleſung und collegialiter gepflogenen Erwägung den Rechten gemäß zu ſeyn:

1 Hat Andreas P. ein Hollſteiniſcher Pächter, der wegen der zu zahlenden Pachtgelder in Verlegenheit gekommen, ſeine bey ihm wohnende Schwiegermutter Auguſte Sophie Magdalene Sch. im May 1774 erſucht, ihm eine Obligation, um auf ſelbige das ihm nöthige Geld aufzunehmen, zu überlaſſen, und von dieſer ſeiner Schwiegermutter auch zu dieſem Ende eine von der Stadt A. unter dem 14. Ian. 1763 an ſie aus-

ausgeſtellte Schuld- und Pfandverſchreibung auf 1000 Rthlr. erhalten, welche Obligation, wie es ſich nachher gezeiget, ſeine Schwiegermutter ihm zum Brautſchatz mitgegeben, und wegen eines in den Ehepacten ſich Zeitlebens vorbehalten, ihrem Schwiegerſohn aber auf ſein Bitten und Flehen auf 4 Wochen hingegeben, um in ſeiner äuſſerſten Verlegenheit Geld zu borgen.

Iſt Andreas P. mit dieſer Obligation zu dem Kaufmann Herrn Michael Gottfried E. in L. gekommen, und hat auf ſelbige als auf ein handhabendes Pfand ein Darlehn von 1000 Rthlr. geſucht, welches derſelbe, ihm zu leihen, ſich erbothen, wenn er zu dieſer Obligation ſich gebührend würde legitimiret haben.

Nachdem hierauf Andreas P. den ſub lit. A. beygelegten Ceſſionsſchein ſeiner Schwiegermutter vom 26. May 1774, welchen, wie Herr E. erſt nachher erfahren, die Tochter anſtatt der Mutter, jedoch mit deren Vorwiſſen unterſchrieben, beygebracht, und gegen Verpfändung der cedirten Obligation den 27. May 1774 laut der ſub lit. B. beygelegten Obligation vom 12. Apr. 1775 das verlangte Dahrlehn von 1000 Rthlr. wirklich ausgezahlt erhalten; hat der Schuldner bonis cedirt, und deſſen Schwiegermutter Sch. die verpfändete Obligation als ihr Eigenthum ohnentgeltlich zurück verlanget, weil einestheils der Ceſſionsſchein wegen Mangel eines angegebenen tituli und nöthiger Mitunterſchrift ihres Curatoris für ungültig zu halten, anderntheils auch ſo wenig die Schwiegermutter als ihre Tochter die Ehefrau des Schuldners ihren weiblichen Rechtswohlthaten in dem Ceſſionsſcheine gebührend entſaget; Und entſtehen daher folgende Fragen:

Erſte Frage:

Ob die Gültigkeit der vom Schuldner P. geſchehenen Verpfändung der in Frage ſtehenden Obligation nach Lübſchen, oder blos nach gemeinen Rechten zu beurtheilen? 2

Ob nun wohl 1) ſo wenig der Schuldner, der die in in Frage ſtehende Obligation wie eine ihm von ſeiner Schwiegermutter cedirte Obligation verpfändet, als deſſen Schwiegermutter Sch. in L. wohnhaft ſind, und daher für ihre Perſon den L. Rechten nicht unterworfen ſeyn mögen; 3

Ingleichen 2) die Ceſſion ſelbſt nach dem Inhalt des Ceſſionsſcheins zu C. und nicht in L. geſchehen;

mithin 3) in Anſehung derſelben nicht L., ſondern C. pro loco contractus zu halten, nach deſſen Geſetzen ſie den Rechten nach zu beurtheilen;

arg. L. 6. D. de euict.

Auch 4) die Verordnung des L. Rechts, ſeinen Glauben da wiederum zu ſuchen, wo man ihn gelaſſen, blos auf L. Bürger einzuſchränken ſeyn möchte, denen allein das L. Recht aufgeben können, wohl zuzuſehen, wem ſie das Ihrige ausleihen und vertrauen,

Ius Lubec. Part. 3. tit. 2. art. 2.

Und daraus, daß auch die Gültigkeit der geſchehenen Verpfändung dieſer Obligation nicht nach L., ſondern blos nach gemeinen Rechten zu beurtheilen, geſchloſſen werden möchte;

4 Dennoch aber und dieweil 1) die Gültigkeit der vom Schuldner P. geſchehenen Verpfändung der in Frage ſtehenden Obligation von der Gültigkeit der von der Schwiegermutter Sch. an ihren Schwiegerſohn P. geſchehenen Ceſſion derſelben um ſo mehr zu unterſcheiden, je weniger es einem gegründeten Zweifel unterworfen, daß nach L. Rechten erſtere mit letzterer in keiner Verbindung ſteht, da nach L. Rechten ein Schuldner eine ihm nicht eigenthümliche Sache, wenn ſie nur nicht geraubt oder geſtohlen iſt, ſeinem Gläubiger verpfänden mag;

Ius Lubec. Part. 3. tit. 4. art. 8. 9.

5 Daneben 2) der Schuldner P. in der Stadt L. mit dem Herrn E, als einem daſelbſt wohnhaften Kaufmann, ſowohl den Darlehns als auch den damit verbundenen Pfandscontract, laut der darüber ausgeſtellten Schuld- und Pfandverſchreibung vom 12. Apr. 1775 errichtet und vollzogen,

Einfolglich 3) in Anſehung der geſchehenen Verpfändung die Stadt L. ohnſtreitig pro loco contractus zu halten, nach deſſen Geſetzen dieſe Verpfändung beurtheilet, und in deſſen Gerichten die angefochtene Gültigkeit derſelben entſchieden werden muß;

arg. L. 6. D. de euict.

HERTIVS *de colliſione legum. Sect.* 4. §. 7. 10.

Auch

Auch 4) dieſem dasjenige, was in den Zweifelsgründen angeführet 6
worden, nicht entgegenſteht, indem quoad 1) hier nicht die Rede von den Geſetzen, nach welchen die Gültigkeit einer vom erſtern geſchehenen Verpfändung einer Sache, die letztere ſich eigenthümlich anmaßen will, den Rechten nach zu beurtheilen; quoad 2 et 3) die von der Schwiegermutter geſchehene Ceſſion der Obligation von der vom Schwiegerſohn geſehenen Verpfändung gänzlich verſchieden, mithin gar wohl an verſchiedenen Orten geſchehen können, und nach verſchiedenen Rechten zu beurtheilen; und quoad 4) die angeführte Verordnung des L. Rechts ſo wenig in Anſehung der Worte, als in Anſehung des Zwecks, der in der nöthigen Sicherheit des Beſitzes beſteht,

MEVIUS *ad ius Lubec. Part.* 3. *tit.* 2. *art.* 2. *Nr.* 5. *ſq.*

eine Einſchränkung auf Bürger oder deren Sachen leidet, überdem auch die Sch. die Anwendung des L. Rechts auf dieſe Verpfändung um ſo weniger für unbillig halten mag, da ſie die Obligation ihrem Schwiegerſohn zu dem Ende überlaſſen, daß er darauf in L. Geld zu erhalten ſuchen möchte;

Als halten wir in Rechten dafür:

Daß die Gültigkeit der vom Schuldner P. geſchehenen Verpfändung der in Frage ſtehenden Obligation nicht blos nach gemeinen, 7
ſondern auch vornämlich nach L. Rechten zu beurtheilen.

Zweyte Frage:

Ob dieſe vom Schuldner P. geſchehene Verpfändung der A. Obligation bey dem Herrn Michael Gottfried E. nach angeführten Umſtänden nach L. Rechten für beſtändig zu halten? 8

Ob nun zwar 1) nicht geleugnet werden mag, daß zur Gültigkeit einer einem Gläubiger geſchehenen Verpfändung einer fremden Sache 9
nach L. Rechten zwey Stücke erfordert werden, nämlich, daß nicht nur die Sache eine nicht geraubte und geſtohlne Sache, ſondern auch der Gläubiger ſolche bona fide, als eine dem Schuldner, der ſie verpfändet, gehörige Sache angenommen;

MEVIUS *ad ius Lubec. Part.* 3. *tit.* 2. *art.* 2. *Nr.* 29. *ſq.*

10 Und 2) im gegenwärtigen Fall Umſtände eintreten, woraus, daß
der Herr Gläubiger E. von ſeinem Schuldner P. die A. Obligation nicht
bona fide als ein demſelben gehöriges Pfand annehmen können, ge-
ſchloſſen werden möchte, immaßen der Ceßionsſchein die ſichtbaren Feh-
11 ler an ſich habe, daß nicht allein in demſelben kein titulus, woraus dem
Schuldner dieſe Obligation von ſeiner Schwiegermutter cediret worden,
enthalten, welche expreſſionem tituli bewährte Rechtsgelehrte zur Gül-
tigkeit eines Ceſſionsſcheinsnothwendig erfordern,

arg. L. 31 pr. D. de adquir. rer. dom.

BRVNNEMANN *de ceſſione act. cap.* 1. *Nr.* 96.

12 ſondern auch derſelbe durch Mitunterſchrift des Curatoris der Cedentin
nicht beſtärket worden, da doch ein Frauenzimmer nach L. Rechten ohne
Einwilligung ihres Curatoris eine gültige Ceſſion nicht unternehmen mag;

Ius Lubec. Part. 1. *tit.* 10. *art.* 1.

Und daher, daß dieſe Verpfändung ſelbſt nach L. Rechten für beſtän-
dig nicht zu halten, es den Anſchein haben möchte;

Dennoch aber und dieweil dasjenige, was nach L. Rechten
zur Gültigkeit einer geſchehenen Verpfändung einer fremden Sache er-
fordert wird, im gegenwärtigen Fall allerdings vorhanden, indem nicht
allein die Qualität der verpfändeten Sache, daß ſolche nicht geraubt
und geſtohlen, nicht geleugnet wird, ſondern auch bona fides ab Seiten
des Herrn Gläubigers nicht bezweifelt werden mag,

13 anerwogen 1) Herr E. dem Schuldner P. das verlangte Darlehn
auf die A an deſſen Schwiegermutter ausgeſtellte Obligation zu geben
ſo lange Bedenken getragen, bis dieſer ſich zu dieſer Obligation gebüh-
rend legitimiret, auch das Geld ihm nicht eher ausgezahlet und die
Obligation nicht eher als ein Unterpfand angenommen, als bis P. einen
von ſeiner Schwiegermutter unterſchriebenen Ceſſionsſchein beygebracht;

14 Ueberdem auch 2) bekannten Rechten nach bona fides eines Beſitzers
vermuthet wird, und derſelbe ſolche zu erweiſen nicht verbunden iſt,
ſondern vielmehr das Gegentheil von dem, der malam fidem vorſchützet
bewieſen werden muß,

L. 21. D. de probat.

C 47. *de reg. iur. in* 6.

LAVTERBACH *coll. theor. pract. Tit. de vſurpat.* §. 13.

zu welchem Ende demſelben ſich allenfalls der Eidesdelation zu bedienen frey ſtehet;

MEVIVS *ad ius Lubec. loc. cit. n.* 30.

Und 3) was in den Zweifelsgründen gegen des Herrn E. bonam 15
fidem erinnert worden, demſelben im geringſten nicht entgegen ſtehet,
angeſehen, was die angeführten Fehler des Ceſſionsſcheins anbetrifft,
a) der Mangel des Ausdrucks eines tituli, woher die Ceſſion geſchehen, 16
zwar nach neuern Sächſiſchen, aber nicht nach gemeinen Rechten, die
den Ausdruck eines tituli im Ceſſionsſchein nirgends erfordern,

LAVTERBACH *Diſſ. de procurat. in rem ſuam th.* 14.

beſonders wenn die Ceſſion wie hier zwiſchen nahen Anverwandten geſchehen,

FRANTZKIVS *Lib.* I. *reſol.* 8. *n.* 10.

LENTZ *de ceſſione act. C.* 22. *n.* 23.

für einen ſichtbaren Fehler eines Ceſſionsſcheins zu halten; nicht zu gedenken, daß die Ceſſion ſelbſt ihrer Natur nach nicht als eine traditio nuda, wovon in dem angeführten

L. 31. *pr. D. de adquir. rer. domin.*

die Rede, ſondern als eine traditio non nuda vel qualificata anzuſehen,

L. 52. §. 1. *D. de verb. obligat.*

die natürliche ſo fort das Recht auf den accipientem bringt, cum nihil tam conueniens ſit naturali aequitati, quam voluntatem domini rem ſuam in alium transferre, ratam haberi,

§. 4 *Inſt. de rer. diuiſ.*

ferner b) Herr E. den Ceſſionsſchein, wenn derſelbe gleich den Rechten 17
nach fehlerhaft, dennoch gar wohl um ſo mehr bona fide für gültig
und richtig halten mögen, je weniger bey einen Kaufmann eine Wiſſenſchaft der apicum iuris zu vermuthen, und je weniger es einem gegründeten Zweifel unterworfen, daß auch ein error iuris, wenn er auch für überwindlich zu halten, dennoch bonam fidem nicht ausſchließt,

 L. 25.

L. 25. *§.* 6. *D. de heredit. petit.*

L. 12. *§.* 3. *D. de liberal. cauſſ.*

daher c) derſelbe auch vermöge dieſes Ceſſionsſcheins die A. Obligation als eine dem Schuldner von ſeiner Schwiegermutter valide überlaſſene Obligation per errorem facti bona fide anſehen, und das Verlangte darauf als auf eine dem Schuldner gehörige Sache leihen können;

L. 109. *D. de verb. ſignific.*

Als ſind wir der rechtlichen Meinung:

18 Daß dieſe vom Schuldner P. geſchehene Verpfändung der A. Obligation bey bewandten Umſtänden nach L. Rechten allerdings für beſtändig zu halten.

Dritte Frage:

19 Ob dieſe vom Schuldner P. geſchehene Verpfändung der A. Obligation auch ſchon nach gemeinen Rechten für beſtändig zu halten?

20 Ob nun gleich von Seiten der Wittwe S. behauptet werden möchte, daß ſie die von ihrem Schwiegerſohn P. verſetzte A. Obligation ohnentgeltlich zurück zu fordern nach gemeinen Rechten für befugt zu halten,

dieweil 1) die vorgegebene Ceſſion dieſer Obligation von ihr ſo wenig überhaupt, als beſonders, wegen ermangelnder Einwilligung ihres Curatoris, auf eine zu Recht beſtändige Weiſe geſchehen, einfolglich dieſe Obligation der vorgegebenen Ceſſion ohngeachtet, als ihr Eigenthum anzuſehen;

Ferner 2) wenn ſie gleich aus Liebe zu ihrem Schwiegerſohn dieſem die Obligation, um darauf das nöthige Geld zu borgen, geliehen, dennoch dieſes bekannten Rechten nach eine Art der Interceſſion involvire,

L. 7. *C. ad SCtum Velleian.*

wogegen ihr das beneficium SCti Velleiani um ſo mehr zu ſtatten kommen müſſe,

L. 32. *§.* 1. *D. ad SCtum Velleian.*

da 3) der Gläubiger Herr E. dieſe eigentliche Beſchaffenheit der Sache vermuthlich wohl gewußt, oder doch wenigſtens wegen des fehlerhaften Ceſſions-

Ceſſionsſcheins wohl wiſſen können, und daher gegen ihre weibliche Rechtswohlthat eine iuſtam ignorantiam vorzuſchützen nicht vermöchte;

L. 17. pr. D. eodem.

Ueberdem auch 4) ſie bey dieſer Interceſſion ihren weiblichen Rechtswohlthaten keinesweges entſaget, und daher ſich derſelben zu bedienen nicht nur nach gemeinen, ſondern auch ſelbſt nach L. Rechten für wohl befugt zu halten;

MEVIUS *ad ius Lubec. Part.* I. *tit.* 10. *art.* I. *n.* 64. *ſqq.*

Dennoch aber und dieweil 1) wenn gleich die in den Ceſſionsſchein bemeldete Ceſſion ſo wenig für dadurch erwieſen, als an ſich für zu Recht beſtändig zu halten, dennoch die Wittwe S. ihre A. Obligation ihrem Schwiegerſohn P. vermöge der Ehepacten zum Brautſchatz mitgegeben, und daher dieſe Obligation als ein nomen dotale anzuſehen, ſo eo ipſo ohne alle weitere Ceſſion dem Schuldner P. bekannten Rechten nach in der Maße für überlaſſen zu halten, daß er ſolches als ein nomen proprium nach Belieben und Wohlgefallen wohl eintreiben und daher auch verpfänden mögen, 21

L. 2. C. de obligat. et act.

mithin dasjenige, was bey den Zweifelsgründen ad c) von dem der Wittwe S. noch zuſtehenden Eigenthum dieſer Obligation angeführet worden, keine Anwendung haben mag;

Auch 2) die qualitas nominis dotalis und das dem Schwiegerſohn daran zuſtehende Recht dadurch nicht verändert worden, daß die Wittwe S. in den Ehepacten einen Theil der Zinſen per pactum adiectum ad dies vitae ſich vorbehalten, und die Obligation in Händen behalten, indem ihr aus dieſem pacto adiecto ein perſönliches Recht wegen dieſer vorbehaltenen Zinſen, ſo ihr nicht ſtreitig gemacht wird, gegen ihren Schwiegerſohn zuſtehet, und ſie den zu deſſen Sicherheit behaltenen Beſitz der Obligation ihrem Schwiegerſohn freywillig überlaſſen; 22

Ferner 3) wenn auch die A. Obligation als eine der Wittwe S. wirklich gehörige und nicht dem Schwiegerſohn zum Brautſchatz mitgegebene Obligation von dieſem als eine ihm zuſtehende Obligation nicht verpfändet werden mögen, dennoch die Wittwe S. dadurch, daß ſie ihm ſolche 23

als

als eine ihm cedirte Obligation zum Verpfänden hingegeben, für ihren Schwiegerſohn in Anſehung dieſer Obligation auf eine ſolche Weiſe intercediret, daß ihr den Rechten nach das beneficium SCti Velleiani auf keine Weiſe zu ſtatten kommen mag,

anerwogen a) Herr E. nach dem beygebrachten Ceſſionsſchein allerdings Urſache gehabt zu glauben, daß P. mit Einwilligung ſeiner Schwiegermutter eine ihm cedirte und nicht eine ihr noch gehörige und nur zum Verſetzen geliehene Obligation verpfändet, einfolglich die jetzt vorgeſchützte Interceſſion iuſte ignoriret, und in dieſem Fall einem Gläubiger die exceptio Senatusconſulti Velleiani nicht entgegen ſtehet,

L. 4. pr., L. 11., L. 12., L. 27. pr. D. ad SCtum Velleian.

L. 1. L. 5. C. eodem.

weniger nicht b) die Wittwe Sch. dadurch, daß ſie gewußt und geſchehen laſſen, daß P. ihre Obligation als eine ihm cedirte in ſeiner Verlegenheit verſetzet, ſich nach dem Inhalt deutlicher Geſetze einer unerlaubten Gefährde ſchuldig gemacht,

L. 5. C. ad SCtum Velleian.

und daher des beneficii SCti Velleiani für gänzlich unwürdig zu halten;

L. 2. §. 3., L. 30. pr. D. SCtum Velleian.

L. 5., L. 18. C. eodem.

Als gehet unſere rechtliche Meinung dahin:

24 Daß die vom Schuldner P. geſchehene Verpfändung der A. Obligation auch ſchon nach gemeinen Rechten für beſtändig zu halten.

Alles von Rechts wegen.

CON-

DECISIO LXXXX.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Qui conſilio ſuo et perſuaſionibus aliquem ad mandatum dandum permouit, non ideo tenetur reſpondere de adverſo mandati exitu, damnisque inde improuiſo reſultantibus.

II. Amica procuratoris mei cum procuratore aduerſae partis conuerſatio et familiaritas non infert probationem praevaricationis et colluſionis.

III. Quamuis mandatum ſit negotium gratuitum; nil tamen impedit, quo minus mandatarius indemnitatem a mandante intuitu ſumtuum, quos occaſione mandati facere debuit, exigere iure poſſit.

IV. Libellus reconuentionis ad effectum proceſſus ſimultanei inſtitutae ſatis tempeſtiue proponitur, etiamſi litis conteſtatoni in cauſſa conuentionis ſubiungitur.

V. Qui in libello ſuo de dolo rei conqueritur animo iuris ſui, quod habere putat, tuendi, iniuriarum ideo conueniri non poteſt, quia animus iniuriandi oppido deficit.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Mandatum in dato caſu euentum mandantium fini aduerſum habuit. n. 2.

Qui actione mandati directa reſarciendum damnum a mandatorio vrgent partim ob datum conſilium. n. 3.

Partim ob admiſſam culpam. n. 4.

Partim ob commiſſum dolum. n. 5.

An reconuentionis libellus litis conteſtationi in cauſſa conuentionis ſubiectus vim ſimultanei proceſſus tollat, quaeritur. n. 6. et negatur. n. 17.

An natura mandati, vi cuius negotium eſt gratuitum, impediat exactionem ſumtuum, quos mandatarius

tarius occaſione mandati facere neceſſe habuit, quaeritur. n. 7. et negatur. n. 18.

An nuda doli imputatio ad fundandam actionem iniuriarum ſufficiat, vbi oppido iniuriandi animus deficit, quaeritur. n. 8. et negatur. n. 19.

Conſilium non eſt obligatorium. n. 9.

Amica cum procuratore aduerſae partis conuerſatio tantum abeſt, vt in culpam incidat, vt potius ratione et via ſit inſtituta. n. 10.

Neque abitus a loco, vbi negotium commiſſum erat peragendum, intempeſtiuus fuit. n. 11.

Neque obligatus erat finito negotio nouum mandatum ſuſcipere. n. 12.

Admiſſi doli argumenta non adſunt. n. 13.

Mandatarius non delinquit, ſi vna cum negotio ſibi commiſſo ſua ipſius ſimul negotia gerit. n. 14.

Mandatarius in dato caſu controverſo mandantibus ſuis damnum dedit plane nullum. n. 15.

Mandantes facta ſui mandatarii iam adprobarunt, eaque mutato conſilio non amplius improbare poſſunt. n. 16.

Urtheil.

Auf Klage, Antwort auch Wiederklage, und darauf erfolgte Antwort und ferneres Einbringen in Sachen des geweſenen Bürgermeiſters Iohannes Kr. und deſſen in Acten benannter Streitgenoſſen, Kläger und Wiederbeklagten an einem, entgegen den geweſenen Bürgermeiſter Iohann Ludwig F., Beklagten und Wiederklägern am anderen Theile,

erkennen Bürgermeiſter und Rath der freyen Reichsſtadt R., nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, für Recht.

1 Daß, ſo viel die Hauptklage anlanget, der Kläger Suchen nicht ſtatt hat, und Beklagter davon zu entbinden und loszuſprechen; die Wiederklage aber betreffend, Kläger und Wiederbeklagte Beklagtem und Wiederklägern die libellirten Tagegelder von ein tauſend und ſieben Gulden nebſt den Verzugszinſen von Zeit der erhobenen Wiederklage zu bezahlen ſchuldig. Uebrigens hat die von Beklagtem in der Schlußſchrift angebrachte Injurienklage nicht ſtatt, dagegen wird demſelben ſeine unziemliche Schreibart hiemit ernſtlich verwieſen. V. R. w.

Entſcheidungsgründe.

Obwohl Kläger A) zu behaupten ſuchen, daß die von ihnen gegen Beklagten aus der von dieſem übernommenen Beſorgung des gemeinſchaftlichen Rechtsſtreits, welchen ſie ſämmtlich beym Kaiſerlichen Reichshofrath zu Wien gegen die Bürgerſchaft zu R. wegen der im Jahr 1766 geſchehenen Abſetzung und daher verlangten völligen Reſtitution geführet, auf die Erſtattung der ihnen durch dieſen Rechtsſtreit vom Jahr 1766 bis 1771 verurſachten Unkoſten nebſt Zinſen angeſtellte actio mandati directa für völlig gegründet zu halten,

anerwogen I.) wenn gleich Beklagter durch ſeine Bemühung in Wien das der Klage 2

ſub Lit. A.

beygebrachte vortheilhafte Reichshofraths-Concluſum vom 11. May 1767., nach welchem ſie in Anſehung ihrer Aemter und der ihnen davon entzogenen Nutzungen völlig reſtituiret werden ſollen, bewirket, ſie auch vermöge deſſelben den 25. Iun. 1767 in ihre Aemter wirklich wieder eingeſetzet worden, dennoch dieſer geſuchte und erhaltene Vortheil nicht nur durch die bald darauf vom Reichshofrath unter dem 22. Iun. 1767 ertheilte, der Klage

ſub. Lit. B.

beygelegte Declaration wegen der Wahlfreyheit der Bürgerſchaft, und durch die darauf erfolgte neue Wahl, worinn man die Kläger wieder übergangen, wieder aufgehoben, ſondern auch durch das in dieſer Sache ergangene letztere Reichshofraths-Concluſum vom 4. Iul. 1771 Nr. 2. welches dieſe letztere Wahl beſtätiget, gänzlich und unwiderruflich zernichtet, einfolglich dadurch alle angewandte viele Koſten unnütz und vergebens geworden;

Anbey II.) aus allen Umſtänden der Sache zureichend erhelle, daß Beklagter, der blos allein die Kläger zu dieſem Proceß durch ſein Zureden bewogen, durch Unterlaſſung des ihm als mandatario der Kläger obliegenden Fleißes einzig und allein den Klägern dieſen großen Schaden zugefüget, und durch ſeine Schuld veranlaſſet, 3

4 indem 1) Beklagter zuförderſt darinn ein Verſehen begangen, a) daß er, ſtatt allen Umgang mit den von der Bürgerſchaft auf erhaltene Nachricht von dem vortheilhaften Reichshofraths Concluſo vom 11. May 1767 nach Wien geſchickten Deputirten zu meiden, nach Inhalt ſeiner eigenhändigen der Klage beygelegten Schreiben, mit denſelben einen freundſchaftlichen Umgang gepflogen, ſie dem Herrn Reichshofrath von St. ſelbſt vorgeſtellet, und ſogar im Namen derſelben und der Bürgerſchaft um die Erlaubniß, eine Kaiſerliche Declaration des gedachten Concluſi in Anſehung der Wahlfreyheit der Bürgerſchaft zu ſuchen, gebeten, mithin dadurch dieſe ihnen ſo ſchädliche Declaration ſelbſt befördert, weniger nicht b) daß er auf das von Klägern erhaltene Schreiben vom 26. Iun. 1767, worinn ihm ihre Wiedereinſetzung in ihre Aemter gemeldet worden, ohne die Folgen derſelben und die weitere Reſtitution der entzogenen Nutzungen abzuwarten, von Wien weggegangen, und die Deputirten der Bürgerſchaft daſelbſt allein gelaſſen, auch auf die ihm durch einen entgegen geſandten Expreſſen, H., in Ulm ertheilte Nachricht von dem auf Verlangen der Bürgerſchaft angeſetzten neuen Wahltage, und auf darauf gegründete Commiſſion, ungeſäumt nach Wien zurückzukehren, ſolches nicht gethan, und dadurch die Gelegenheit, das Eiſen, da es noch warm geweſen, zu ſchmieden, verſäumet;

5 Hiernächſt auch 2) Beklagter ſich eines doli dadurch ſchuldig gemacht habe, a) daß er, nach eigenem ſeit dem letzteren Concluſo vom 4. Iul. 1771 erfolgtem Geſtändniß der Deputirten, durch eine von dem Deputirten der Bürgerſchaft V. ihm fälſchlich gemachte Hoffnung einer zu erhaltenden Bürgermeiſterſtelle ſich bewegen laſſen, mit demſelben in Anſehung der den Klägern ſo nachtheiligen Declaration gemeine Sache zu machen, und daher vermuthlich blos in der Abſicht, bey der erfolgten Wahl in der Nähe zu ſeyn, ſich von Wien weg begeben, wie auch b) daß er bey der letzteren Anweſenheit in Wien auf gemeinſchaftliche Koſten der Kläger vornämlich ſein eigenes intereſſe wegen der von ihm geforderten Rechenſchaft der Unkoſten und Auslagen vom Jahr 1750 und folgenden, beſorget und des von Klägern erhaltenen Auftrages ſich darzu blos als eines Vorwandes bedienet;

6 Hiernächſt B) ſo viel die von Beklagtem wegen der aus übernommener Beſorgung ihrer Rechtsſache in Wien gebührenden Tagegelder von

1007 Fl.

1007 Fl. angeſtellte Wiederklage betrifft, Kläger ſolche nicht nur 1) im gegenwärtigen Rechtsſtreit ad effectum ſimultanei proceſſus daher für unzuläſſig halten, weil ſie nicht vor der Kriegsbefeſtigung, ſondern erſt nach derſelben angebracht worden,

ſondern auch 2) an ſich als gänzlich ungegründet anſehen wollen, indem a) Beklagter ſo wenig aus der Natur eines Mandatscontracts, 7

L. 1. §. 4., *L.* 36. §. 1. *D. mandati.*

als im gegenwärtigen Fall aus einem beſtimmten Verſprechen wegen des übernommenen Auftrages in Wien Tagegelder zu fordern berechtiget ſey, und b) wenn er ſie auch ſonſt hätte fordern mögen, dennoch im gegenwärtigen Fall wegen der ihm zur Laſt gelegten Schuld und Gefährde ſich ſeines Rechts verluſtig gemacht;

Endlich C) Beklagter die in der Schlußſchrift gegen die Kläger angebrachte Injurienklage für völlig gegründet halten will, da Kläger in der gegen ihn angeſtellten actione mandati directa ohne Beſtand Rechtens ihn nicht blos eines Verſehens, ſondern auch einer Gefährde beſchuldiget, dergleichen Beſchuldigung aber bekannten Rechten nach der Ehre für höchſt nachtheilig zu halten; 8

L. 6. §. 5. *D. de his qui not. infam.*

Und aus dieſen Gründen, daß anders, als geſchehen, zu erkennen geweſen, es das Anſehen gewinnen möchte;

Dennoch aber und dieweil A) die von Klägern gegen Beklagten aus der von dieſem übernommenen Beſorgung ihres gemeinſchaftlichen Rechtsſtreits beym Kaiſerlichen Reichshofrath in Wien auf die Erſtattung der ihnen durch dieſen Rechtsſtreit verurſachten Unkoſten nebſt Zinſen angeſtellte actio mandati directa auf keine Weiſe für gegründet gehalten werden mag,

anerwogen 1) was ſie von der durch Beklagtens Zureden geſchehenen Verleitung zu dieſem Rechtsſtreit anführen, auf ein nicht nur im geringſten nicht bewieſenes, ſondern auch ſowohl an ſich, wegen der Unverbindlichkeit eines Raths 9

L. 2. §. 6. *D. mandati.*

als

als auch wegen des in Fortſetzung dieſes Rechtsſtreits von Klägern bewieſenen Eifers ganz unerhebliches Vorgeben beruhet;

Ferner II.) alles dasjenige, was Beklagtem als ein in ſchuldiger Beſorgung der übernommenen Sache begangenes Verſehen zur Laſt geleget werden will, von demſelben ohne die geringſte Verletzung der ihm oblie-
10 genden Pflicht gar wohl geſchehen mögen, indem a) der freundſchaftliche Umgang mit den Deputirten der Bürgerſchaft die vernünftige Abſicht gehabt, durch ſelbige die, nach den der Exceptionsſchrift

Nr. 7. 8 *b.*

beygelegten Briefen der Kläger, bis zur Verzweifelung wegen des vermeinten Verluſtes der Wahlfreyheit aufgebrachten Gemüther der Bürgerſchaft zur Sicherheit der Kläger zu beſänftigen, ſolcher Umgang auch ſelbſt, vermöge des der Klageſchrift

Nr. 3.

beygebrachten Schreibens, zu dieſem Ende von dem Herrn Reichshofrath von St. angerathen worden, b) die Einführung derſelben bey dem Herrn Reichshofrath von St. vermöge eben dieſes angeführten Schreibens auf deſſen Befehl und Verlangen geſchehen, c) die Namens derſelben und der Bürgerſchaft gebetene Erlaubniß, eine Kaiſerliche Declaration wegen der Wahlfreyheit zu ſuchen, eineſtheils den Abſichten der Kläger gar nicht widerſtreitet, da dieſe in den der Exceptionsſchrift

Nr. 7. 8 *b.*

beyliegenden Schreiben ſich natürlich beſchieden, daß nach dem Sinn des Concluſi vom 11. May 1767 die Bürgerſchaft des ihr gebührenden Wahlrechts keinesweges beraubt ſeyn ſollen, anderntheils von dem Herrn Reichshofrath von St. nach dem der Klagſchrift

Nr. 4.

beygelegten Schreiben gebilliget, und ſogar nach dem daſelbſt

Nr. 5.

angelegten Schreiben von demſelben die Einrichtung dieſes Geſuchs an-
11 gegeben worden, d) die nach der unter dem 26. Iun. 1767. erhaltenen Nachricht von der Wiedereinſetzung der Kläger in ihre Aemter unternom-

mene

mene Abreiſe von Wien für übereilt nicht zu halten, da der ertheilte Auftrag vermöge der beyder Exceptionsſchrift

Nr. 6.

befindlichen Vollmacht durch geſchehene Bewirkung des Concluſi vom May 1767 ſchon völlig ausgerichtet, auch Beklagtem, nach dem der Klagſchrift

Nr. 1. 2.

beygelegten Schreiben, von dem Herrn Reichshofrath von St. blos ſo lange, bis die Sache alldorten eingeleitet, und man davon Nachricht erhalten, in Wien zu bleiben angerathen worden, nicht zu gedenken, daß Beklagter dieſes ſein Vorhaben Klägern in dem daſelbſt

Nr. 5.

befindlichen Schreiben ſchon zum voraus gemeldet, und c) die verweigerte Rückkehr von Ulm nach Wien auf die durch H. ertheilte Nachricht einer angeſetzten neuen Wahl um ſo weniger für ein Verſehen zu halten, je weniger Beklagter, wenn auch Kläger ihm das darzu nöthige Geld hätten anbiethen laſſen, dieſen neuen Auftrag wider ſeinen Willen zu übernehmen verbunden war; 12

Weniger nicht III.) eine von Beklagtem in Beſorgung der ihm aufgetragenen Sache begangene Gefährde ganz unerfindlich iſt, immaßen a) die behauptete Colluſion mit den Deputirten der Bürgerſchaft durch die ihm fälſchlich gemachte Hoffnung einer zu erlangenden Bürgermeiſterſtelle auf ein leeres Vorgeben beruhet, welches ſo wenig durch den der Triplikſchrift beygelegten Auszug eines Schreibens vom 5. Sept. 1767, als durch das der Quadrupliksſchrift 13

Nr. 26.

beygelegte Protocoll für begründet zu halten, und b) Beklagter gar wohl, ohne ſich einer Gefährde ſchuldig zu machen, bey Beſorgung der ihm von Klägern aufgetragenen Rechtsſache, als einer gemeinſchaftlichen Sache, eine ihm eigene Sache, wegen der von ihm geforderten Rechenſchaft der Unkoſten und Auslagen vom 1750ſten und folgenden Jahren, beym Kaiſerlichen Reichshofrath betreiben mögen; 14

Daneben

15 Daneben IV.) Beklagter nach der Lage der Sache durch die ihm zur Laſt gelegten Handlungen den Klägern einen widerrechtlichen Schaden, den er bekannten Rechten nach auch im Fall einer wirklich vorhandenen Colluſion

Conſt. crim. Carol. art. 115.

allein zu erſtatten verbunden ſeyn würde, keinesweges zugefüget, angeſehen a) es keinem gegründeten Zweifel unterworfen, auch Kläger in ihren der Exceptionsſchrift

Nr. 7. 8 *b.*

beygefügten Schreiben ſelbſt eingeſtanden, daß nach dem Sinn des Concluſi vom 11. May 1767 der Bürgerſchaft das ihr nach vorhergegangenen Concluſis, beſonders nach dem der Klagſchrift beygelegten Concluſo vom 5. Aug. 1755 Nr. 2. zuſtehende Recht der Wahlfreyheit auf keine Weiſe entzogen werden ſollen, einfolglich b) die von Beklagtem mit den Deputirten der Bürgerſchaft gemeinſchaftlich geſuchte und erhaltene Declaration vom 22. Iun. 1767, welche Kläger für die Hauptquelle ihres Unglücks halten, nicht das geringſte in ſich enthält, was dem den Klägern aus dem vorhergehenden Concluſo vom 11. May 1767 erwachſenen Rechte widerſtreitet, mithin Beklagter auf eine zu entſchuldigende und erlaubte Weiſe zum vernünftigen Zweck der Beſänftigung der aus einem Misverſtande aufgebrachten Bürgerſchaft daran Theil nehmen dürfen, und c) wenn gleich Kläger ihre in der von der Bürgerſchaft darauf angeſtellten Wahl wiederholte Ausſchließung von ihren Aemtern als einen Misbrauch der erklärten Wahlfreyheit anſehen wollen, dennoch einestheils dieſes Vorgeben in dem darauf erfolgten Concluſo vom 4. Iul. 1771 Nr. 2. rechtskräftig verworfen worden, mithin den Rechten nach für völlig ungegründet zu halten, cum res iudicata pro veritate accipiatur,

L. 207. *D. de reg. iur.*

anderntheils dieſe Ausſchließung in Anſehung des Beklagten für einen bloßen Zufall gehalten werden müßte, worzu er durch keine vorhergehende Schuld Gelegenheit gegeben, und daher ſelbiger dafür zu ſtehen bekannten Rechten nach nicht verbunden;

L. 6. *D. de pign. act.*
L. 3. *D. de aedil. act.*

Endlich

Endlich V) Kläger alle Handlungen des Beklagten, die ihm jetzt zur Laſt geleget werden, ſowohl überhaupt durch den Auftrag der weiteren Beſorgung ihrer Sache in W. und nachher in R., als auch beſonders in Anſehung der geſuchten Declaration in dem der Exceptionsſchrift 16

Nr. 9 *a.*

beygelegten Schreiben vom 30. Iun. 1767 völlig genehmiget und gut geheiſſen, mithin in Anſehung derſelben als mandantes zu betrachten,

L. 60. *D. de reg. iur.*

und was ſie dagegen von der damaligen Unwiſſenheit der nachher bekannt gewordenen Colluſion vorgeſchützet, wegen der bereits angeführten Gründe keine Aufmerkſamkeit verdienet;

Hiernächſt B) die von Beklagtem gegen Kläger wegen der angegebenen Tagegelder von 1007 Fl. angeſtellte Wiederklage 1) im gegenwärtigen Rechtsſtreit ad effectum ſimultanei proceſſus ohnſtreitig für zuläſſig zu halten, da Beklagter ſelbige in der erſten Schrift, worinn er ſich auf die Hauptklage eingelaſſen, der Kriegsbefeſtigung gebührend angehangen, und ſolches zu dieſem Zweck vollkommen zureichend iſt; 17

BRVNNEMANN *de proc. civ. Cap.* 10. *n.* 11.

BOEHMER *de act. Sect.* 1. *cap.* 4. §. 13.

Daneben auch 2) an ſich allerdings für gegründet zu halten, indem, wenn gleich ein mandatum gratuitum iſt, woraus ein mandatarius ohne ein beſtimmtes Verſprechen ein honorarium zu fordern nicht berechtiget, und Kläger dem Beklagten beſtimmte Tagegelder verſprochen zu haben verneinet, dennoch die Tagegelder eines mandatarii nicht als eine Belohnung ſeiner Mühe, ſondern als eine billige Entſchädigung deſſelben wegen der Koſten und wegen der Abweſenheit von ſeinen Geſchäfften anzuſehen, und daher nach der Natur eines Mandatscontracts auch ohne ein vorhergehendes Verſprechen gar wohl gefordert werden mögen, 18

L. 10. §. 9. *D. mandati.*

auch dasjenige, was Kläger dieſer Forderung aus einer von Beklagtem begangenen Verletzung ſeiner Pflicht entgegengeſetzt, vermöge des bereits Ausgeführten keine rechtliche Achtung verdienen mag, mithin Kläger Beklagtem dieſe Tagegelder nebſt den Verzugszinſen von der

Zeit an, da er ſelbige in der Wiederklage gefordert, zu bezahlen ſchuldig;

19 Endlich C) wenn gleich die Beſchuldigung einer im Mandatscontract begangenen Gefährde als eine Beſchuldigung, die an ſich der Ehre nachtheilig iſt, anzuſehen, dennoch aus den Acten ſattſam erhellet, daß Kläger Beklagten einer ſolchen Gefehrde blos in der Abſicht, ihre auf die Erſtattung der verwandten Proceßkoſten gerichtete Klage zu begründen, nicht aber in der Abſicht, ihn zu injuriiren, beſchuldiget, dannenhero wegen des nicht vorhandenen animi iniuriandi die von Beklagtem desfalls in ſeiner Quadruplikſchrift angeſtellte Injurienklage nicht ſtatt haben mag,

L. 33. *D.*, *L.* 5. *C. de iniur.*

auch überdem dieſe Klage in den verhandelten Acten theils wegen des Grundes derſelben,

L. 10. *C. de iniur.*

theils wegen des Orts, wo ſie angebracht worden,

BRVNNEMANN *loc. cit.*

ganz unzuläſſig iſt; hingegen die heftige und beleidigende Schreibart, deren Beklagter in ſeiner Schlußſchrift ſich gegen ſeine Gegner bedienet, daher auf keine Weiſe entſchuldiget werden mag;

Als ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, zu erkennen bewogen worden.

CON-

CONSILIVM LXXXXI.

THEMA PRINCIPALE.

Cum in verbis, per quae vltima voluntas expreſſa, nulla eſt ambiguitas, non admitti debet voluntatis quaeſtio.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.

Quaeſtio iuris vnica. n. 2.

Plenum dominium etiam heredi fiduciario competit, neque onus fideicommiſſi excludere videtur. n. 3.

Fideicommiſſum vniuerſale in legibus fauorem habet. n. 4.

Vocabulum libri *etiam nepotes et vlteriores deſcendentes ambitu ſuo complectitur.* n. 5.

Finis teſtatoris in conſtituendo fideicommiſſo ſatis aperte expreſſus efficit, vt in dato caſu fideicommiſſum non purum ſed conditionatum obtineat. n. 6.

Id quod praeterea teſtator in ordinando fideicommiſſo expreſſe declarauit. n. 7.

Atque in caſu oppoſito liberrimam grauatae filiae aeque atque aliis non grauatis liberis diſpoſitionem tribuit. n. 8.

Hinc deficiente fideicommiſſi conditione ipſum fideicommiſſum nullum eſt. n. 9.

Neque fauor fideicommiſſi vniuerſalis, neque alia argumenta adducta voluntati teſtatoris aperte contrariam interpretationem fundare poſſunt. n. 10.

Deciſio quaeſtionis propoſitae. n. 11.

Als uns nachſtehende Geſchichtserzehlung nebſt angehängter Rechtsfrage zugeſendet, und wir darüber unſer in den Rechten gegründetes Gutachten zu ertheilen gebeten worden;

Demnach erachten wir nach fleiſſiger derſelben Verleſung und collegialiter gepflogener Erwägung den Rechten gemäß zu ſeyn;

Hat der im Jahr 1745 verſtorbene Poſtmeiſter zu G. Conrad L. kurz 1
vor ſeinem Ende den 27. Novemb. deſſelben Jahrs ein gerichtliches

 Teſtament

Teſtament gemacht, nach welchem ſeine ganze Verlaſſenſchaft unter ſeine drey Kinder, deren eines vor dem andern er zu verkürzen nicht gemeinet, nämlich Annen Marien, Ehefrau des Oberförſters G. zu L., Iohann Conrad L., Poſtverwaltern zu G., und Claren Barbaren, Ehefrau des Fürſtlichen Archivraths G. zu G., über deſſen Vermögen ein ordentlicher Concurs, worinn das Eingebrachte der Ehefrau mit angegriffen werden wollen, entſtanden war, zu gleichen Theilen vertheilet, jedoch mit der Archivräthin G. Antheil wegen deren Eheliebſten bekannten Umſtände es dergeſtalt gehalten werden ſoll, daß dieſelbe ſolches zwar vſufructuarie zu genießen, das Capital hingegen während dieſer Ehe, dann auf ihren allenfalls erfolgenden Wittwenſtand dieſelbe ihre Freyheit und plenum dominium darüber, gleich ihren übrigen Geſchwiſtern haben ſoll, anzugreifen ganz nicht Macht haben, ſondern ſolches als ein fideicommiſſum auf deren vorhandenes und etwa künftige Kinder vererbfället, dieſen aber des Teſtatoris übrige beyde Kinder, nämlich die G. Ehefrau und der Poſtverwalter L., dergeſtalt ſubſtituirt ſeyn ſollen, daß ſothane Erbportion, wofern gedachte G. Kinder nach Gottes Willen unverheirathet oder ohnbeerbt verſterben würden, auf vorernannte ſeine beyde Kinder zurückfallen ſollte.

Nachdem hierauf der Archivrath G. als der Ehemann dieſer jüngſten L. Tochter im Jahr 1765 verſtorben, und nebſt ſeiner Wittwe eine Tochter zurückgelaſſen, welche Tocher im Jahr 1767 an den Fürſtlich Yſenburgiſchen Rath und Amtmann K. zu B. verheirathet worden, aber auch im Jahr 1768 ohnbeerbt verſtorben; hat die G. Wittwe im Jahr 1770 ſich wieder anderweit an den Burgfriedbergiſchen Canzleyrath S. verheirathet, binnen welcher Zwiſchenzeit die beyden übrigen L. Kinder, als der Poſtverwalter L. mit Hinterlaſſung fünf Kinder, und die G. Ehefrau ohne Hinterlaſſung einiger Kinder ebenmäßig verſtorben ſind, ſo daß alſo dieſe jüngſte L. Tochter von allen Geſchwiſtern nur allein noch am Leben iſt; Und entſteht daher die

Frage:

2 Ob die vorgedachte väterliche Diſpoſition in Anſehung des auf den Erbtheil der jüngſten Tochter gelegten fideicommiſſi noch jetzt für beſtändig, oder nicht vielmehr nach angeführten Umſtän-

den

den für längſt erloſchen zu halten, und derſelben über dieſe Erb-portion nunmehro die freye Diſpoſition zuſtehe?

Ob nun wohl behauptet werden möchte, daß das vom weyland Poſt-meiſter zu G. Conrad L. auf den ſeiner jüngſten Tochter Claren Barbaren nachgelaſſenen Erbtheil zum Beſten ſeiner beyden übrigen Kinder gelegte Fideicommiß ſo wenig durch den im Jahr 1765 erfolgten Tod ihres Ehemannes des Archivraths G., als durch den nachher erfolgten Tod der ihr fideicommiſſarie ſubſtituirten Geſchwiſter erloſchen, ſondern viel-mehr jetzt nach etwanigem Abſterben der jetzigen Frau Canzleyräthin S. den fünf hinterlaſſenen Kindern ihres verſtorbenen Bruders Iohann Conrad L. gebühre,

indem 1) aus dem angeführten Teſtament zureichend erhelle, daß die Abſicht des Teſtatoris dahin gegangen, daß die Erbportion ſeiner jüng-ſten Tochter, wenn ſelbige ohne Kinder, oder auch deren Kinder nach ihrem Tode ohne Kinder verſterben ſollten, nicht in fremde Hände gerathen, ſondern ſodann ſeinen Kindern reſtituiret werden ſolle;

Auch 2) dieſe allgemeine Abſicht des Teſtatoris dadurch nicht für ein-ſchränkt zu halten, daß er der jüngſten Tochter auf ihren allenfalls erfolgten Wittwenſtand ihre Freyheit und plenum dominium ihrer Erbportion ertheilet, immaßen dieſes plenum dominium bloß dem ihr während der Ehe nur nachgelaſſenen Rechte des Nießbrauches entgegengeſetzt worden, und ein damit verknüpftes onus fideicommiſſi um ſo weniger ausſchließen mag, je weniger es einem gegründeten Zweifel unterworfen, daß ein heres fiduciarius die mit einem fideicommiſſo vniuerſali beſchwerte Erbſchaft ante factam reſtitutionem iure dominii pleni beſitze; 3

§. 4. Inſt. de vſufruct.

Zumalen 3) ein fideicommiſſum vniuerſale in Rechten einen beſon-deren fauorem habe, 4

L. 17. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſt.

L. 17. §. 7. D. ad SCt. Trebell.

MANTICA *de coniect. vltim. vol. Lib. 7. tit. 3. n. 1.*

und daher auch gar wohl aus bloßen Vermuthungen geſchloſſen werden möchte;

L. 64. *D. de legat.* 2.

L. 16. *C. de fideicommiſſ.*

Weniger nicht 4) der bereits erfolgte Tod der fideicommiſſarie ſubſti- tuirten Geſchwiſter der Beſtändigkeit des Fideicommiſſes nicht entgegen
5 ſtehe, da nicht nur bekannten Rechten nach die Benennung der Kinder beſonders in linea recta auch die Enkel und weiteren Deſcendenten unter ſich begreife,

L. 201., *L.* 220. *pr. D. de verb. ſignif.*

L. 59. *D. de ritu nupt.*

L. 1. §. 1. *D. de legat. praeſtand.*

ſondern auch der Antheil am Fideicommiß, ſo der ohne Kindern verſtorbenen Oberförſterin G. zugefallen ſeyn würde, nunmehro iure accreſcendi auf die noch vorhandenen fünf Kinder ihres Bruders gefallen, und dieſen daher das völlige Fideicommiß gebühre;

6 Dennoch aber und dieweil 1) der Teſtator keinesweges die Abſicht gehabt, durch das auf den Erbtheil ſeiner jüngſten Tochter der damaligen Archivräthin G. gelegte Fideicommiß ſeine beyden älteſten Kinder aus einer vorzüglichen Liebe zum Nachtheil der jüngſten Tochter zu favoriſiren, da er im Teſtament ausdrücklich das Gegentheil declariret, und bezeuget, daß er eines vor den andern zu verkürzen nicht gemeinet ſey, ſondern vielmehr mit deutlichen Worten den Grund ſeiner fideicommiſſariſchen Diſpoſition in den bekannten Umſtänden des Archivraths G. geſetzet, mithin dadurch einzig und allein zu bewirken geſucht, daß der Erbtheil deſſen Ehefrau, wenn er ſelbige oder deren Deſcendenten etwa überleben möchte, nie in die Hände dieſes verſchuldeten Schwiegerſohns kommen möchte, nach welchem angegebenen Grunde, woraus dieſes Fideicommiß natürlich zu erklären,

L. 24. *D. de reb. dub.*

ſolches nicht für ein fideicommiſſum purum, ſondern für ein bloßes fideicommiſſum conditionatum zu halten, ſo allein auf den Fall, wenn der verſchuldete Schwiegerſohn die jüngſte Tochter des Teſtatoris und deren Deſcendenten überleben ſollte, ſtatt haben ſoll;

Auch 2) der Teſtator dieſer angegebenen Abſicht gemäß das der jüng- 7
ſten Tochter auferlegte Fideicommiß ausdrücklich auf den Fall, wenn ſie während dieſer Ehe mit Tode abgehen ſollte, eingeſchränkt, und verordnet, daß gedachte Tochter während dieſer Ehe zwar die völligen Nutzungen ihres Erbtheils genießen, allein das Capital anzugreifen nicht Macht haben, ſondern ſolches als ein Fideicommiß ihren Kindern, denen auf den Fall, wenn ſie ohnbeerbt verſterben ſollten, die beyden älteren Kinder des Teſtatoris ſubſtituiret worden, überlaſſen ſolle;

Und 3) ſogar im gegenſeitigen Fall, wenn nämlich ſeine jüngſte Toch- 8
ter ihren verſchuldeten Ehemann überleben und deſſen Wittwe werden ſollte, das Gegentheil des im erſteren Falle beſtimmten Fideicommiſſes verordnet, und ausdrücklich verfüget, daß ſelbige ſodann ihre Freyheit und plenum dominium darüber, gleich ihren übrigen Geſchwiſtern haben ſolle; welche Verfügung, da ſie der fideicommiſſariſchen Diſpoſition entgegengeſetzt worden, um ſo gewiſſer ein Fideicommiß ausſchließen muß, je weniger ſolches mit einer ertheilten Freyheit, in dieſem Falle über die Capitalien gleich ihren übrigen Geſchwiſtern nach Belieben und Wohlgefallen zu diſponiren, beſtehen mag;

Einfolglich 4) nach dieſer klaren und deutlichen Verordnung des 9
Teſtatoris das fideicommiſſum conditionatum deficiente conditione eius durch den im Jahr 1765 erfolgten Tod des Archivraths G. bereits gänzlich erloſchen;

Und 5) was zum Behuf einer Erweiterung deſſelben angeführet worden, 10
nicht nur der offenbaren Abſicht des Teſtatoris, ſondern auch deſſen deutlichen Worten widerſpricht, mithin keine Aufmerkſamkeit verdienen mag; quia cum in verbis nulla eſt ambiguitas, non admitti debet voluntatis quaeſtio;

L. 25. §. 1. *D. de legat.* 3.

L. 137. §. 2. *in f. D. de verb. obligat.*

L. 69. *pr. D. de legat.* 3.

et verba fideicommittentis, ſiquidem clara ſunt, interpretationem non admittunt;

LEYSER *ſpec.* 404. *med.* II.

Ueber-

Ueberdem 6) wenn auch das Fideicommiß nach der Abſicht des Teſtatoris durch den Tod des Archivrath G. nicht für erloſchen gehalten werden möchte, dennoch ſelbiges jetzt auch daher für erloſchen zu halten, weil nicht nur die einzige Tochter der jüngſten Tochter des Teſtatoris im Jahr 1768 ohne Kinder, ſondern auch die beyden älteren Kinder des Teſtatoris, mithin alle, welchen er dieſes Fideicommiß nachgelaſſen, mit Tode abgegangen, und alſo die Bedingung, unter welcher ſie im Fideicommiß ſuccediren können, nämlich den erfolgten Tod der jüngſten Tochter des Teſtatoris nicht erlebet haben,

L. 5. §. 2. D. quando dies legat.

und was gagegen von der Ausdehnung des Worts: Kinder, auf die Enkel des Teſtatoris angeführet worden, hier keine Anwendung haben mag, da der Teſtator ſeiner jüngſten Tochter und deren Deſcendenten nicht ſeine Kinder überhaupt, ſondern namentlich bloß die G. Ehefrau und den Poſtverwalter L., mithin allein dieſe Kinder vom erſten Grade ſubſtituiret hat, und bekannten Rechten nach verba fideicommiſſi ſtricte interpretanda, nec de perſona ad perſonam extendenda;

LEYSER *ſpec.* 404. *med.* 3.

Als ſind wir der rechtlichen Meinung:

11 Daß die in Frage ſtehende väterliche Diſpoſition in Anſehung des auf den Erbtheil der jüngſten Tochter gelegten Fideicommiſſes nicht mehr für beſtändig, ſondern nach angeführten Umſtänden für längſt erloſchen zu halten, mithin derſelben nunmehro die freye Diſpoſition über gedachten väterlichen Erbtheil allerdings zuſtehe. Von Rechts wegen.

CON-

CONSILIVM LXXXXII.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Tutius eſt dubio procul non adire hereditatem niſi praeuia de conficiendo inuentario, eiusque ſibi reſeruato beneficio declaratione; Neque tamen, qui hereditatem adiit, ſi intra tempus legitimum ad conficiendum inuentarium reapſe animum adplicat, ſecundum aequiorem legibusque conformem, et communi DDrum probatam ſententiam a beneficio inuentarii videtur eſſe excludendus.

II. Heredi abſenti tempus annuum ad conficiendum inuentarium lege conceſſum eſt.

III. Iuſtinianus militibus id priuilegii dedit, vt ipſo iure vltra vires hereditatis ad nomina hereditaria expungenda non teneantur.

IV. Heres, qui beneficio inuentarii vſus bona fide creditoribus infirmioribus, vel legatariis ex hereditate aliquid ſoluit, ſine ſuo damno ſolutionem feciſſe intelligitur ſaluo iure potiorum creditorum id, quod ſolutum eſt, condicendi ab eo, cui facta eſt ſolutio.

V. Heredes, qui beneficio inuentarii vſi creditoribus, inſufficientia bonorum hereditariorum adparente, totam hereditatem cedunt, tenentur omnia reſtituere, quae ad vſus ſuos ex hereditate ſumſerunt. Hincque, ſi praeſentes abſenti coheredi bona fide aliquid transmiſerunt, ſaluo iure repetendi, ipſi illud ex ſuo debent refundere creditoribus.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio iuris prima. n. 2.
Hereditas in propoſito caſu ſine dubio adita eſſe cenſenda eſt. n. 3.
Neque animus deliberandi poteſt praetendi. n. 4.
Beneficium deliberandi et beneficium inuentarii ſimul conſiſtere nequeunt. n. 5.

Hereditatem ſoluendo eſſe ab initio crediderunt in caſu propoſito heredes ab inteſtato. n. 6.

An qui ſimpliciter hereditatem adit eo ipſo beneficio inuentarii renunciaſſe cenſendus ſit quaeritur. n. 7. et negatur. n 12.

Argumenta contra vtilitatem petiti de conficiendo inuentario iudici competenti die 30 Auguſti exhibiti adducuntur. n. 8. et diluuntur. n. 13.

Cur abſenti in dato caſu annuum tempus denegandum eſſe videatur. n 9.

Nec militi priuilegium ſpeciale forte tribuendum ſit, docet. n. 10.

Contra omiſſionem beneficii inuentarii maioribus vix eſt, vt beneficium reſtitutionis ex generali Praetoris clauſula poſſit concedi. n. 11.

Tempus trium menſium ad conficiendum inuentarium eſt tempus vtile ratione initii, et vnicum fatale ratione adhibendi beneficii inuentarii. n. 14.

Ratio, quare abſenti in dato caſu tempus annuum competat, adducitur. n. 15.

Nec minus priuilegium militum, vt ipſo iure vltra vires hereditatis non teneantur, probatur. n. 16.

Deciſio quaeſtionis primae. n. 17.

Quaeſtio ſecunda. n. 18.

Quae bona fide heredes beneficio inventarii tuti ſoluerunt creditoribus infirmioribus, non ipſi reſtituere ex ſuo tenentur; ſed ſaluum eſt ius creditoribus potioribus illud condicendi ab iis, qui ſolutionem adceperunt. n. 19. et n. 21.

Quae autem vni coheredum forte abſenti miſerunt, poſt ceſſam creditoribus hereditatem, quam imparem oneribus praeter ſpem opinionemque inuenerunt, ex ſuo creditoribus refundere debent ſaluo illud repetendi iure ab eo, qui indebite illud adcepit. n. 20. et n. 22.

Deciſio quaeſtionis ſecundae. n. 23.

Als uns nachſtehende Geſchichtserzehlung nebſt angehängten Rechtsfragen zugeſendet, und wir darüber unſer in den Rechten gegründetes Gutachten zu ertheilen gebeten worden;

Demnach erachten wir nach fleiſſiger deren Verleſung und collegialiter gepflogener Erwägung den Rechten gemäß zu ſeyn:

1 Iſt der Herr Geheimerath und Cammerpräſident Anton Vlrich von V. den 5. Iun. 1770 ohne Teſtament verſtorben, und hat als Inteſtat-

erben eine unverheirathete Schweſter, Roſine Eliſabeth von V., einen Bruderſsohn, den ehemaligen Fürſtlich Braunſchweig-Lüneburgiſchen Cammerjunker von V., und ſeiner verſtorbenen Schweſter verehlichter von M. Kinder, den Major von M. und deſſen zwey Schweſtern nachgelaſſen.

Haben die Inteſtaterben nach deſſen Tode deſſen Erbſchaft in Beſitz genommen, und 1) beſonders die Fräulein von V. unter dem 26. Iun. 1770 über die auf Johannis deſſelben Jahrs fällig geweſen halbjährigen Pachtgelder von 325 Rthlr. von dem V. Gute zu S., welches dem defuncto gehörte, dem Amtsverwalter O. eine Quitung ausgeſtellet, 2) die ſämtlichen Inteſtaterben auf eine Wechſelſchuld des defuncti bey der Syndicuſſen L. 100 Rthlr. Zinſen bezahlt, 3) die gegenwärtigen Inteſtaterben dem abweſenden Miterben Cammerjunker von V. nach C. auf Abſchlag ſeines Erbtheils 300 Rthlr. überſandt, und ſich von ſelbigem eine Quitung, daß er ſolche Gelder aus der Erbſchaft ſeines verſtorbenen Oncle erhalten habe, geben laſſen, welche 300 Rthlr. ſie, nachdem ſie ſich auf das beneficium inuentarii berufen, bey Ablegung ihrer Rechnung mit in Ausgabe bringen wollen, und damit zwar abgewieſen worden, allein dagegen noch ein eingewandtes Rechtsmittel fortſetzen; ferner 4) der Major von M. in einem eigenhändigen Schreiben an den Cammerſecretär S. für ſich und im Namen ſeiner Tante, der Fräulein von V., ſich als Erben des defuncti declariret, und demſelben das ihm von ihrem Erblaſſer gebührende Capital nebſt andern Auslagen richtig zu bezahlen verſprochen, auch 5) die ſämmtlichen Erben einige dem defuncto gehörige Kuchſen eigenmächtig caduciret, und das vorräthige Brennholz nebſt verſchiedenen anderen in der Erbſchaft befindlichen Sachen verkauft.

Haben hierauf die Inteſtaterben unter dem 30. Aug. 1770 beym Stiftsgericht des Capituli St. Blaſii zu B., da der defunctus, als Decanus Capituli, in dem Stiftsdechaneyhauſe gewohnet, eine Bittſchrift übergeben, worinn ſie aus der angegebenen Urſache, ihre eigene Erbſchaftsangelegenheit in Richtigkeit zu ſetzen, das Stiftsgericht erſuchet, ein gerichtlichts inuentarium vom Nachlaſſe des defuncti zu machen, und eine Edictalcitation an die etwanigen Creditores defuncti ergehen zu laſſen, wobey ſie ſich ausdrücklich ausgebeten, dem Eingange der Edictalladung keine andere Veranlaſſung zu inſeriren, als daß die Er-

 ben

den Behuf der Auseinanderſeʒung und zu deren Facilitirung darum nachgeſuchet.

Nachdem vom Stiftsgerichte dieſem petito deferiret, und in einer unter dem 1. Sept. 1770 erlaſſenen Edictalladung die Gläubiger auf den 20. Octob. 1770 zur Angabe ihrer Forderungen vorgeladen worden; haben die ſämmlichen V. Inteſtaterben unter dem 11. Sept. 1770 bey gedachtem Stiftsgerichte eine anderweitige Vorſtellung übergeben, worinn ſie anführen, daß ſie zwar durch ihre vorige Petition vom 30. Aug. 1770 ihren animum, die Verlaſſenſchaft nicht anders als cum beneficio inuentarii antreten zu wollen, deutlich und ſattſam zu erkennen gegeben, auch ohnehin es noch immer Zeit ſey, ſich einer in den Rechten für alle Erben ohne Unterſcheid nachgelaſſenen Vergünſtigung, ſo lange res noch integra, zu bedienen, indeſſen, um lieber zu viel als zu wenig zu thun, hiemit förmlich ad acta declariren wollten, wie ſie die Verlaſſenſchaft ihres Erblaſſers nicht anders als cum beneficio inuentarii anzutretreten geſonnen wären.

Als hierauf nach abgehaltenem Liquidationstermin ſich ergeben, daß die Erbſchaft mit einer anſehnlichen Schuldenlaſt beſchweret; haben die Inteſtaterben der Erbſchaft entſaget, und ſolche den Gläubigern überlaſſen, worauf auf Herzoglichen Befehl ein förmlicher concurſus creditorum eröffnet worden, und der beſtellte Contradictor und Curator bonorum zwar von den angeblichen Beneficialerben Rechnung von den zur Maſſe gehörigen Geldern nebſt dem Manifeſtationseide verlanget, allein ſich bey ſeinem Antrage mit der Proteſtation verwahret, daß er dadurch die Inteſtaterben nicht als Beneficialerben anerkannt, ſondern vielmehr den Gläubigern wegen der ſimpliciter geſchehenen Adition der Erbſchaft quaevis iura reſerviret haben wolle.

Wünſchen daher die V. Gläubiger über nachſtehende Fragen belehrt zu werden;

Erſte Frage:

2 Ob den V. Inteſtaterben nach angeführten Umſtänden das beneficium inuentarii gegen die V. Gläubiger noch zu ſtatten kommen möge?

Ob nun wohl 1) nicht bezweifelt werden mag, daß die V. Inteſtat- 3
erben nach dem Tode ihres Erblaſſers deſſen ihnen ab inteſtato zugefallene Erbſchaft ipſo facto wirklich angenommen, und ihren animum, deſſen Erben zu ſeyn, zureichend declariret,

indem a) dieſer animus ſowohl an ſich, als nach deutlicher Verordnung der Geſetze aus den angeführten factis, daß ſie Zinſen, die der defunctus ſchuldig geweſen, bezahlet,

L. 2. C. de iure deliber.

daß ſie eigenmächtig demſelben gehörige Kuchſen caduciret,

L. 42. §. 2. D. de acquir. vel omitt. hered.

daß ſie ihm gebührende Pachtgelder gehoben, das vorräthige Brennholz nebſt andern Sachen verkauft, auch ſogar ihrem Miterben 300 Rthlr. auf Abſchlag ſeines Erbtheils überſchicket,

§. fin. I. de hered. qual. et differ.

ſattſam erhellet,

weniger nicht b) dieſer animus ipſis factis iam ſufficienter declaratus von dem Major von M. dadurch expreſſe beſtätiget worden, daß er in einem Schreiben an den Cammerſecretär Sp. für ſich und im Namen der Fräulein von V. ſich als Erben des defuncti declariret, und als Erben ihn zu befriedigen verſprochen,

auch c) von den V. Erben nicht vorgeſchützet werden mag, daß, da 4
den Rechten nach eine pro herede geſtio magis animi quam facti ſey,

L. 20. pr. D. de adquir. vel omitt. hered.

ſie bey dieſen factis noch nicht die Abſicht gehabt, wirklich Erben zu werden, ſondern nur erſt zu überlegen, ob ſie die Erbſchaft wirklich annehmen wollten, angeſehen einestheils dieſer animus deliberandi per interpoſitam proteſtationem hätte declarirt werden müſſen,

L. 20. §. 1. D. de adquir. vel omitt. hered.

anderntheils dieſe proteſtatio bey verſchiedenen factis, als bey Caducirung der Kuchſen, und abſchläglicher Auszahlung eines Erbtheils, facto contraria, mithin vergeblich geweſen ſeyn würde,

LEYSER *ſpec. 370. med. 7.*

 nicht

5 nicht zu gedenken, daß eine ſolche deliberatio mit dem beneficio inuentarii, ſo ſie nachher ergreifen wollen, nicht beſtehen mag;

L. f. §. 14. C. de iure deliber.

6 Gleichergeſtalt 2) aus verſchiedenen factis, beſonders aus der Caducirung der Kuchſen, aus der dem Cammerſecretär Sp. ertheilten Verſicherung ſeiner Befriedigung, ingleichen aus der abſchläglichen Ueberſendung des Erbtheils an den Cammerjunker von V., nicht undeutlich zu erſehen, daß beſagte Erben anfänglich zur Zeit, da ſie der Erbſchaft ſich angemaſſet, und darüber als über eine ihnen eigenthümliche Sache diſponiret, ſolche für ſoluendo gehalten, und keine übermäßige Schulden vermuthet, mithin geglaubt, ſich in Falle des

L. fin. §. 1. C. de iure deliber.

wo ein beneficium inuentarii überflüſſig, ſich zu befinden, und die Erbſchaft ohne einiges Bedenken ſimpliciter antreten zu können;

7 Dannenhero 3) beſagte Erben dieſe Erbſchaft auch wirklich ſimpliciter, und ohne Proteſtation, ſich dabey des beneficii inuentarii zu bedienen, angenommen, und durch dieſe unbedingte Annehmung derſelben dem beneficio inuentarii entſagt zu haben ſcheinen, da dieſes beneficium den Rechten nach nur denjenigen Erben, die deſſelben ſich bedienen zu wollen, ſich ausdrücklich declariret, zugeſtanden worden,

L. fin. §. 2. C. de iure delib.

mithin die bey Annehmung der Erbſchaft geſchehene Unterlaſſung dieſer Declaration für eine Renunciation dieſes beneficii zu achten,

arg. L. 12. D. de nouat.

und daher nach bewährter Rechtsgelehrten Meinung ein Erbe des beneficii inuentarii verluſtig wird, wenn er nicht gleich anfangs bey Antretung oder Annehmung der ihm zugefallenen Erbſchaft ausdrücklich proteſtiret, daß ſolche bloß animo, ſich dabey des beneficii inuentarii zu bedienen, geſchehen; beneficium inuentarii implorandum eſt, antequam quid attingatur hereditarium, et denegatur, etiamſi tempus largiretur, poſt tractatas pro arbitrio et dilapidatas res hereditarias;

arg. L. 14. §. 8. D. de religioſ.

FABER

FABER *in Cod. Lib.* 6. *tit.* 11. *def.* 18. *n.* 2. *def.* 20.
MEVIUS *Part.* 5. *Dec.* 145. *n.* 4.

Auch 4) gedachten Inteſtaterben dem Anſchein nach nicht zu ſtatten kommen möchte, daß ſie unter dem 30. Auguſt 1770 beym Stiftsgerichte des Capituli S. Blaſii ein gerichtliches inuentarium und Edicalladung der Gläubiger des defuncti geſucht, da a) ſie in der übergebenen Petition ausdrücklich declariret, daß ſie dieſes inuentarium bloß um ihre eigene Erbſchaftsangelegenheiten in Richtigkeit zu ſetzen, und die Edictalladung der Gläubiger zur Facilitirung ihrer eigenen Auseinanderſetzung verlangten, mithin nicht den Zweck angegeben, worzu Beneficialerben die Verfertigung eines inuentarii zu ſuchen haben; überdem auch b) dieſe Petition zu ſpät und re non amplius integra übergeben worden, immaßen, wenn auch ſecundum mitiorem aliorum Doctorum ſententiam gleich bey Annehmung der Erbſchaft die Proteſtation, daß ſolche bloß cum beneficio legis et inuentarii geſchähe, für nothwendig nicht zu halten, ſondern ein Erbe auch nach bereits geſchehener Adition dieſes beneficii ſich zu bedienen, noch für befugt zu achten, dennoch die den gegenwärtigen Erben zur Anfangung des inuentarii in Geſetzen vorgeſchriebene und a tempore ſcientiae delationis hereditatis anzurechnende Friſt von 30 Tagen 8

L. f. §. 2. C. de iure delib.

zur Zeit der übergebenen Petition längſt verſtrichen geweſen, mithin die gegenwärtigen V. Erben durch den Verlauf der geſetzlichen Friſt des beneficii inuentarii verluſtig geworden, priuandus eſt beneficio inuentarii heres, qui illud non conficit intra tempus ſtatutum,

FABER *in Cod. Lib.* 4. *tit.* 11. *def.* 19.
MEVIUS *Part.* 5. *Dec.* 145. *n.* 3.

et qui legis praeſcriptum non obſeruat, committit in legem, et auxilio eius indignus eſt;

L. 37. *in fine D. de minor.*

Daneben 5) was beſonders den abweſenden Cammerjunker von V. anbetrifft, demſelben ſeine Abweſenheit, und die ihm daher zur Verfertigung des inuentarii in Geſetzen verſtattete jährige Friſt 9

L. f. §. 2. C. de iure deliber.

um ſo weniger zu ſtatten kommen möchte, je deutlicher er durch Annahme der ihm auf Abſchlag ſeiner Erbportion überſandten 300 Rthlr. declariret, daß er des defuncti Erbſchaft ſimpliciter angenommen, und das beneficium inuentarii für überflüſſig gehalten habe;

10 Auch 6) den Major von M. anlangend, derſelbe das ihm als einem Soldaten zuſtehende priuilegium, zur Bezahlung der Schulden ſeines Erblaſſers vltra vires hereditatis nicht gehalten zu ſeyn, nicht vorſchützen möchte, da im

L. f. pr. C. de iure deliber.

die Soldaten den paganis in dieſem Punct äquipariret worden zu ſeyn ſcheinen, und daher bewährte Rechtsgelehrte behaupten, daß auch ein Soldat ſich des beneficii inuentarii zu bedienen verbunden;

ROLAND A VALLE *de confect. inuentar. Part. 2. nr. 4. in Tractatuum Tom. 8. fol. 167. b.*

11 Und endlich 7) mehrgedachten Erben das beneficium reſtitutionis in integrum gegen die übereilte Annehmung der Erbſchaft ſine beneficio inuentarii nicht angedeihen möchte,

FABER *in Cod. Lib. 6. tit. 11. def. 7.*

da nicht nur bereits vor Einführung des beneficii inuentarii eine unbekannte Schuldenlaſt den Erben nicht entſchuldigen ſoll,

L. 10. C. de iure deliber.

und Juſtinian im

§. 6. Inſt. de hered. qual. et differ.

als eine beſondere Ausnahme anführet, daß ein volljähriger Erbe vom Hadrian einſtens die Reſtitution erhalten, ſondern auch nach Einführung gedachten beneficii dieſer Umſtand um ſo weniger eine iuſtam cauſſam reſtitutionis in integrum abgeben mag, je leichter der Erbe durch Ergreifung dieſes beneficii den ſich durch ſeine eigene Schuld zugezogenen Schaden hätte verhüten können,

cit. §. 6. I. de hered. qual. et diff.

und bekannte Rechte lehren, quod non negligentibus ſubueniatur, ſed neceſſitate rerum impeditis,

L. 16. D. ex quib. cauſſ. maior.

et

et quod damnum, quod quis culpa ſentit, non ſentire videatur;

L. 203. *D. de reg. iur.*

Dennoch aber und dieweil 1) wenn gleich es ſeine ohnſtreitige Richtigkeit hat, daß die V. Inteſtaterben die Erbſchaft ihres Erblaſſers gleich nach deſſen Abſterben durch die angeführten unternommenen facta wirklich angenommen, ohne bey dieſer Annehmung ſich das beneficium inuentarii ausdrücklich vorzubehalten, dennoch durch eine ohne aus- 12
drücklichen Vorbehalt dieſes beneficii geſchehene Antretung oder Annehmung einer zugefallenen Erbſchaft dieſes beneficium den Rechten nach nicht für verloren zu halten,

anerwogen a) die Geſetze nirgends verordnet, daß ein Erbe, der dieſes beneficii ſich zu bedienen gedenket, auf daſſelbe vor geſchehener Annehmung der Erbſchaft zu provociren verbunden;

vielmehr b) das Gegentheil aus den Worten des oft angeführten

L. f. §. 2. *C. de iure deliber.*

Sin autem dubius eſt, vtrum admittenda ſit nec ne defuncti hereditas, non putat ſibi neceſſariam eſſe deliberationem, ſed adeat hereditatem vel ſeſe immiſceat, omni tamen modo inuentarium ab eo conficiatur,

nicht undeutlich erhellet, als nach welchen der Erbe die ihm zugefallene Erbſchaft ohne Bedenken ſofort annehmen, und nur darauf das inuentarium verfertigen mag;

daher c) die Meinung der oben angeführten Rechtsgelehrten, welche vor oder wenigſtens bey Annehmung der Erbſchaft eine Proteſtation des Erben, dieſes beneficium nicht fahren laſſen zu wollen, verlangen, in Geſetzen nicht gegründet iſt;

und d) die gegenſeitige Meinung hereditatem adire poſſe ſine praevia proteſtatione de conficiendo inuentario, et nihilominus inuentarium intra conſtitutum tempus confici poſſe, von den bewährteſten Rechtsgelehrten als eine gemeine Meinung behauptet wird;

MONTICVLVS *de inuentar. Cap.* 7. *n.* 7., *Cap.* 8. *n.* 4. *in Tractatuum Tom* 8. *fol.* 212. *b. fol.* 215.

GREGORIVS *Syntagm. iur. Lib.* 46. *cap.* 3. *n.* 10.

FACHINEVS *Lib.* 6. *controuerſ. cap.* 20.

BRVNNEMANN *ad L. f. C. de iure deliber. n.* 9. *ſq.*

13 Hiernächſt 2) wenn gleich die Inteſtaterben erſt unter dem 30. Auguſt 1770, mithin nach Verlauf der den gegenwärtigen Erben a tempore ſcientiae delationis hereditatis zur Anfangung des inuentarii vorgeſchriebenen Friſt, beym Stiftsgerichte die Verfertigung eines gerichtlichen inuentarii und Edictalladung der Gläubiger, um ihre eigene Erbſchafts-Angelegenheiten in Richtigkeit zu ſetzen, geſucht, dennoch auch dadurch ſelbſt die gegenwärtigen Erben des beneficii inuentarii für verluſtig nicht geachtet werden mögen,

angeſehen a) der von ihnen angegebene Zweck, ihre eigene Erbſchafts-Angelegenheiten in Richtigkeit zu ſetzen, die Abſicht, dabey zugleich gegen die Gläubiger ihres Erblaſſers die ihnen in Rechten dadurch verſtattete Sicherheit zu ſuchen, nicht ausſchließet,

daneben b) die Zeit, da ſie das inuentarium geſucht, noch in den zur Verfertigung deſſelben geſetzten 3 Monaten in der Maaße fällt, daß das inuentarium noch wohl vor Ablauf dieſer 3 Monate abſolviret werden mögen,

14 und c) dieſe ſämmtlichen 3 Monate, welche a momento ſcientiae delationis anzurechnen, in Geſetzen als eine einfache geſetzliche Friſt, nach deren Ablauf das beneficium inuentarii allererſt verloren gehen ſoll, ausdrücklich mit dieſen Worten beſtimmt worden: Si vero poſtquam adierint vel ſeſe immiſcuerint, praeſentes vel abſentes inuentarium facere diſtulerint, et datum iam a nobis tempus ad inuentarii confectionem effluxerit, tunc ex eo ipſo, quod inuentarium ſecundum formam preaſentis conſtitutionis non fecerint, heredes eſſe omnimodo intelligantur,

L. f. §. 12. *C. de iure delib.*

einfolglich d) die Verſäumung der zur Anfangung des inuentarii vorgeſchriebenen 30 Tage als eine omiſſio leuis ſollemnitatis, quae actum non vitiat,

arg. L. 1. §. *f. D. de inſpic. uentre.*

den

den Verluſt des beneficii noch nicht nach ſich zieht,

und e) daher dieſes als eine gemeine Meinung von den bewährteſten Rechtsgelehrten behauptet wird;

ROLAND A VALLE *de confect. inuentar. Part.* 3. *n.* 7. *in Tractat. Tom.* 8. *fol.* 174.

CORASIVS *de inuentar. n.* 16. *in Tract. Tom.* 8. *fol.* 165 *b.*

BRVNNEMANN *ad L. f. C. de iure delib. n.* 12. *ibique plures DD. citati.*

Ferner 3) beſonders dem Cammerjunker von V. als abweſenden Miterben, wenn er gleich ohne Proteſtation die Erbſchaft angenommen, dennoch aus angeführten Gründen zumalen wegen der ihm als abſenti verſtatteten jährigen Friſt 15

L. f. §. 3. *C. de iure deliber.*

das beneficium inuentarii nicht verſagt werden mag;

Auch 4) der Major von M. wegen ſeines Standes als ein Soldat kein beneficium inuentarii nöthig hat, ſondern ipſo iure die Schulden ſeines Erblaſſers nur pro viribus hereditatis zu bezahlen auch nach neueren Rechten verbunden iſt, da Iuſtinian das vom Gordian den Soldaten ertheilte priuilegium keinesweges aufgehoben, ſondern vielmehr im 16

L. f. §. 15. *C. de iure deliber.*

ausdrücklich beſtätiget hat;

BRVNNEMANN *ad c. L. f. C. de iure deliber. n.* 67.

Als halten wir in Rechten dafür:

Daß den V. Inteſtaterben nach angeführten Umſtänden das beneficium inuentarii gegen die V. Gläubiger wohl nicht verſagt werden möchte. 17

Zweyte Frage:

Ob die V. Inteſtaterben berechtiget ſind, die 300 Rthlr., welche ſie dem Cammerjunker von V. als ihren Miterben nach Caſſel überſandt, und die 100 Rthlr. Zinſen, welche ſie der Syndicuſſen L. bezahlet, bey der Berechnung der ex maſſa unter ſich gehabten Gelder als Beneficialerben in Ausgabe zu bringen? 18

19 Ob nun zwar 1) die V. Gläubiger in Anſehung der 100 Rthlr., welche der Syndicuſſen L. bezahlt worden, der Meinung ſeyn möchten, daß ſelbige von den V. Erben in Rechnung nicht gebracht werden könnten, ſondern der Maſſe vergütet werden müßten, weil ein Beneficialerbe keine andere Schulden des defuncti, als welche ſub poena vel ſub pretioſis pignoribus aufgenommen worden, zu bezahlen für befugt zu halten,

L. 5. §. 1., L. 7. §. 3. D. de iure delib.

einfolglich, da die in Frage ſtehenden 100 Rthlr. von ſolcher Beſchaffenheit nicht geweſen, ſelbige von den V. Erben widerrechtlich ausgezahlt worden, und daher der Maſſe wieder vergütet werden müßten;

20 Dahingegen 2) die gegenwärtigen V. Inteſtaterben in Anſehung der ihrem abweſenden Miterben nach C. überſandten 300 Rthlr. behaupten möchten, daß ſie dieſe 300 Rthlr. bey der den Gläubigern übergebenen Berechnung der ex maſſa unter ſich gehabten Gelder in Ausgabe zu bringen wohl befugt geweſen,

indem a) die Geſetze einem Beneficialerben ausdrücklich verſtatten, nicht nur primis venientibus creditoribus ihre Forderungen, ſondern auch den ſich meldenden legatariis ihre legata zu bezahlen,

L. f. §. 4. 5. C. de iure deliber.

und die Gläubiger, zu deren Nachtheil dieſe Bezahlung etwa geſchehen, verbinden, ſich desfalls nicht an den Erben, der die Bezahlung verrichtet, ſondern bloß an denjenigen, dem die Bezahlung geſchehen, zu halten,

c. L. f. §. 5. 6. 7. C. de iure deliber.

daher b) ein gleiches auch bey der einem abweſenden Miterben überſandten Erbportion eintreten müſſe, mithin die Gläubiger wegen dieſer 300 Rthlr. ſich nicht an die gegenwärtigen Erben, ſondern einzig und allein an den abweſenden Miterben zu halten, und von demſelben die überſandten 300 Rthlr. zurück zu fordern haben würden;

21 Dennoch aber und dieweil 1) was die in Frage ſtehenden 100 Rthlr. anbetrifft, die V. Inteſtaterben als Beneficialerben ſolche der Syndicuſſen L. auszuzahlen allerdings befugt geweſen, indem a) nach deutlicher Verordnung des

L. f.

L. f. §. 4. C. de iure deliber.

ein Beneficialerbe ſo lange er keine inſufficientiam bonorum ſiehet, primis venientibus creditoribus ihre Forderungen bezahlen kann, und die Gläubiger, denen dadurch ein Schade zugefüget worden, ſich blos an den, der die Bezahlung bekommen, halten müſſen,

c. L. fin. §. 5. 6. 7. C. de iure deliber.

mithin erſt in dem Fall, wenn ſich eine inſufficientia bonorum zeiget, auf den Vorzug der Gläubiger zu ſehen iſt,

c. L. f. §. 9. C. de iure deliber.
MEVIUS *Part. 2. Dec. 358. n. 4.*
BRUNNEMANN *ad c. L. f. n. 31.*

auch b) das Gegentheil durch die angeführten

L. 5. §. 1., L. 7. §. 3. D. de iure deliber.

nicht erwieſen werden mag, da in dieſen legibus von einem Erben, der ſich des iuris deliberandi bedienet, und daher die Erbſchaft noch nicht angenommen hat, nicht aber von einem Erben die Rede iſt, der cum beneficio inventarii bereits wirklich Erbe geworden;

Hingegen 2) die in Frage ſtehenden 300 Rthlr., ſo die gegenwärti- 22
gen V. Erben ihrem abweſenden Miterben abſchläglich nach Caſſel als einen Theil ſeiner Erbportion überſandt, anlangend, a) die gegenwärtigen V. Erben ſich ohnſtreitig übereilet, daß ſie ihrem abweſenden Miterben, ehe und bevor ſie mit Zuverläſſigkeit gewußt, daß in der ihnen zugefallenen Erbſchaft Güter, die nur nach Abzug der Schulden gedacht werden mögen,

L. 39. §. 1. D. de verb. ſignific.

zu vertheilen vorhanden geweſen, dieſe 300 Rthlr. auf Abſchlag ſeines Erbtheils überſandt, und dadurch die Maſſe der Güter zum Nachtheil der Gläubiger vermindert haben, einfolglich ſich nicht entbrechen mögen, für dieſe durch ihre Schuld geſchehene Verminderung der Maſſe einzuſtehen, und ſich desfalls allenfalls an gedachten ihren Miterben zu halten;

auch b) ſich dagegen mit der Befugniß eines Beneficialerben, die ihm auferlegten legata zu bezahlen nicht ſchützen mögen, indem die

legata in Anſehung des Beneficialerben rationem debiti et aeris alieni haben, ſo er aus der Erbſchaft zu bezahlen verbunden,

L. 3. §. f., L. 4. D. quib. ex cauſſ. in poſſeſſ. eat.

welches von der einem abweſenden Miterben abſchläglich überſandten Erbportion nicht behauptet werden mag;

Als ſind wir der rechtlichen Meinung:

23 Daß die V. Inteſtaterben zwar die 100 Rthlr., welche ſie der Syndicuſſen L. bezahlt, jedoch nicht die 300 Rthlr., welche ſie an ihren Miterben den Cammerjunker von V. nach C. überſandt, bey der Berechnung der ex maſſa unter ſich gehabten Gelder in Ausgabe zu bringen für befugt zu halten.

Beydes von Rechts wegen.

DECI-

DECISIO LXXXXIII.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Nil impedit, quo minus loco cautionis iuratoriae, quae anteceſſori ex rationibus ſuam ſolius perſonam concernentibus erat impoſita, ſucceſſoribus mutata rerum facie realis cautio praeſtanda iniungatur.

II. Cautio, quae pro reconuentione praeſtatur, eſt de ſe iudicio ſiſtendo, non autem de iudicato ſoluendo; ideoque minime opus eſt, vt ſortem reconueniendo petitam vel ſuperet, vel ſaltim adaequet.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Dubia contra iniunctam cautionem ab actore propoſita. n. 2.
Dubia contra quantitatem cautionis ex parte rei obmota. n. 3.
Argumenta reorum liquiditati ſummae conuentione petitae aduerſa. n. 4.
Terminus in ſententia probationi ſtatutus non ante currere incipit, quam ſententia in rem iudicatam tranſiit. n. 5.
Cautio iuratoria anteceſſoris poteſt in realem ratione ſucceſſorum immutari. n. 6.
Cautio pro expenſis ceſſat ſimul atque conſtat de ceſſante litigii temeritate. n. 7.
Cautio pro reconuentione eſt de iudicio ſiſti, non de iudicatum ſolui. n. 8.
Liquiditas ſortis petitae ex confeſſione reorum. n. 9.
Argumenta in contrarium adducta refutantur. n. 10.

Urtheil.

Auf eingewandte querelam nullitatis, auch reſtitutionem in integrum, deren Ausführung und ferneres Einbringen in Sachen der Gräflich L. Lotteriedirection zu L., Beklagten und Wiederklägern

jetzt

jeʒt Querulanten an einem, des verſtorbenen Cämmerers Iohann Georg M. zu B., jeʒt des zu deſſen Concurſe beſtellten Curatoris bonorum, des Advocaten Iohann Gabriel H. zu B., Klägers und Wiederbeklagten jeʒt Querulaten am anderen Theile,

erkennen Gräflich L. zur Regierungscanzley zu D. verordnete Canzler und Räthe, nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, für Recht:

1 Nunmehro aus den Acten und der Partheyen Einbringen ſo viel zu befinden, daß, was die Art des Vorſtandes anbetrifft, es bey der juratoriſchen Caution nicht zu belaſſen, ſondern Kläger den geforderten Vorſtand durch Bürgen oder Pfand zu beſtellen ſchuldig. Uebrigens bleibt es in Anſehung der Quantität des Vorſtandes der eingewandten Querel ohngeachtet bey dem am 6. Apr. 1775 ertheilten und Nr. 5. actor. befindlichen Beſcheide. Es ſind auch nunmehro Beklagte die eingeſtandene Summe von 133 Rthlr. 25 Gr. gegen Ablieferung der Original-Gewinnlooſe nebſt den Zinſen des Verzuges von Zeit der angeſtellten Klage den Klägern zu bezahlen verbunden. Uebrigens ſind die bisher ergangene Koſten gegen einander billig zu vergleichen und aufzuheben. Von Rechts wegen.

Entſcheidungsgründe.

2 Obzwar A) was den von den Beklagten urgirten Cautionspunct anbetrifft, 1) Kläger die von den Beklagten wider den am 20 Mart. 1777 ertheilten,

Nr. 17. actor. Vol. 1.

befindlichen Beſcheid angeführten Beſchwerden, daß dieſe Caution einestheils vermittelſt Eides, anderntheils nur auf 30 Rthlr. hoch beſtellet werden ſollen, aus dem Grunde für hinfällig halten will, daß in Anſehung der Hauptklage er ſich erkläret, mit den eingeſtandenen 133 Rthlr. 25. Gr. zufrieden zu ſeyn, und in Anſehung der Wiederklage Beklagte den ihnen in dieſem Beſcheide auferlegten Beweis derſelben binnen Ordnungsfriſt nicht angetreten, ſondern ſolchen deſert werden laſſen;

Und

Und 2) Beklagte die in dem

Nr. 5. actor. Vol. 1.

befindlichen Decret vom 6. Apr. 1775 beſtimmte Cautionsſumme von 30 Rthlr. für zu geringe halten, da nicht nur die Sicherheit der ihnen ſchon durch die Hauptklage verurſachten anſehnlichen Koſten, ſondern auch ihrer auf 144 Rthlr. 21 Gr. angeſtellten Wiederklage wenigſtens einen auf 200 Rthlr. hoch zu beſtellenden Vorſtand erforderte;

Hiernächſt B) die Hauptſache in Anſehung der Hauptklage anlangend, 4
Beklagte zu behaupten ſuchen, daß die vom Kläger geforderte Summe von 133 Rthlr. 25 Gr. für liquid nicht zu halten,

indem 1) ſie die Richtigkeit dieſer Summe keinesweges eingeſtanden,

auch 2) noch nicht dargethan ſey, daß dieſe Summe nicht bereits vorhin abgerechnet und berichtiget worden;

und 3) Lotteriegewinne nach Inhalt des Plans vor Ablieferung der Originalgewinnlooſe für zahlbar nicht zu halten;

Und hieraus, daß anders, als geſchehen, zu erkennen geweſen, es das Anſehen gewinnen möchte;

Dennoch aber und dieweil A) was den Cautionspunct anbetrifft, 1) der 5
dem Beklagten rechtskräftig zuerkannte Vorſtand in Anſehung ihrer Wiederklage annoch allerdings beſtellt werden muß, da ſelbige ſich an dem ihnen auferlegten Beweiſe derſelben, wegen der gegen den Beſcheid vom 20. Mart. 1777. eingewandten Rechtsmittel, als wodurch deſſen Rechtskraft in Anſehung der zu beſtellenden Caution, einfolglich deſſen Purification, vor welcher ein Beweistermin nicht laufen mag,

LEYSER *ſpec.* 258. *med.* 7. 8.

bisher gehindert worden, noch nicht verſäumet, mithin ihre Wiederklage fortzuſetzen noch für befugt zu halten;

Ferner 2) wenn gleich dieſer Vorſtand vom weyland Cämmerer M. 6
ſelbſt alles Einwendens ohngeachtet vermittelſt Eides hätte beſtellet werden dürfen, dennoch, da durch deſſen Tod die Umſtände ſich geändert, deſſen Gläubiger und Namens derſelben der gegenwärtige Curator bonorum dieſen Vorſtand durch Bürgen oder Pfand zu beſtellen um ſo we-

niger ſich entbrechen mögen, je weniger bey ihnen der vom gemeinen Schuldner angeführte Grund der eidlichen Caution eintritt;

Daneben 3) in Anſehung der Quantität des Vorſtandes es bey dem im Decret vom 6. Apr. 1775 beſtimmten quanto von 30 Rthlr. billig verbleibet, indem a) Beklagte gegen dieſes Decret kein Rechtsmittel eingewandt, und daher im Beſcheide vom 20 Mart. 1777 blos über die Art der Caution und nicht weiter über die Quantität erkannt worden,
7 weniger nicht b) wegen der durch die Hauptklage verurſachten Koſten es keiner weiteren Caution bedarf, da Kläger nicht nur wegen der von den Beklagten eingeſtandenen Summe von 133 Rthlr. 25 Gr. pro temerario litigatore auf keine Weiſe gehalten werden mag, ſondern auch den geringen Unterſcheid der eingeklagten und der eingeräumten Summe
8 von 11 Rthlr, 10 Gr. 4 Pf. fallen zu laſſen ſich erkläret, mithin, c) dieſe Caution nur noch auf die Wiederklage gehen kann, bey welcher bekannten Rechten die Caution nur de iudicio ſiſti und nicht de iudicatum ſolui iſt,

WERNHER *Part.* 4. *obſ.* 1. *n.* 85.

weswegen die unmäßige Summe von 200 Rthlr. um ſo weniger eine Aufmerkſamkeit verdienet, je mehr ſie die Summe der reconueniendo eingeklagten 144 Rthlr. 22 Gr. ſogar überſteiget, und je weniger ihre Wiederklage einen rechtlichen Anſchein hat;

9 Hiernächſt B) die Hauptſache in Anſehung der Hauptklage anlangend, Beklagte, nachdem ſie eingeſtanden, dem Kläger von der libellirten Summe 133 Rthlr. 25 Gr. ſchuldig zu ſeyn, und Kläger den geringen Unterſcheid der libellirten und der eingeſtandenen Summe von 11 Rthlr. 10 Gr. 4 Pf. fallen zu laſſen ſich erkläret, nunmehro ohnſtreitig verbunden ſind, dem Kläger eingeſtandene Summe von 133 Rthlr. 25 Gr. nebſt Zinſen des Verzuges von angeſtellter Klage an gegen Ablieferung
10 der Originalgewinnlooſe zu bezahlen, und, was ſie dagegen vorgeſchützet, nicht von Erheblichkeit iſt,

immaßen quoad 1) ihr Vorgeben, daß ſie die Richtigkeit der Summe von 133 Rthlr. 25 Gr. nicht eingeſtanden, offenbar den Acten

Nr. 5. *actor. Vol.* 1.

und

und dem in dieſem Puncte rechtskräftigen Beſcheide vom 20. Mart. 1777 *Nr.* 17. *actor. Vol.* 1.

widerſpricht;

Auch quoad 2) eine bereits vorher geſchehene Berechnung und Berichtigung dieſer Summe mit ihrem Geſtändniß, bey welchem einer etwanigen bereits geſchehenen Berichtigung nicht Erwähnung geſchehen, nicht beſtehen, und nach demſelben nicht weiter vorgeſchützet werden mag;

und quoad 3) Beklagte auch nur die eingeſtandene Summe gegen Ablieferung der Originalgewinnlooſe nebſt den Verzugszinſen zu bezahlen vertheilet worden.

Als ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, mit Vergleichung der Koſten zu erkennen bewogen worden.

DECISIO LXXXXIV.

THEMATA PRINCIPALIA.

I. Per ceſſionem bonorum a debitore obaerato creditoribus factam nondum intelligitur translatum eſſe dominium.

II. Longe alia autem eſt ratio factae a debitore obaerato dationis bonorum ſuorum in ſolutum credtioribus, qui ad euitanda proceſſus, quem dicunt concurſus, incommoda eadem pro ſolutione ſibi facienda adcipiunt.

III. Eo caſu poſito inter creditores bona ſui debitoris in ſolutum adcipientes contractus ſocietatis, non quidem negotiatoriae, ſed ſimplicis et particularis initus eſſe dubio procul cenſetur. Eorumque inter ſe iura et obligationes, quae in controuerſiam poſſunt venire, quatenus pacta et conuentiones ſpeciales deficiunt, ex natura ſocietatis ſunt diiudicanda.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Argumenta creditorum ſecundae claſſis contra creditores claſſium ſequentium pro adſerenda ſibi liberatione a ferendis caſibus fortuitis intuitu bonorum communium contingentibus. n. 2. *ſeq.*

Deſumta 1) *Ex tenore pacti initi.* n. 3.

2) *Ex iure tum communi cum megapolitano.* n. 4.

Monita argumentis aduerſariorum oppoſita. n. 5.

Argumenta eorundem creditorum pro percipiendis uſuris ex maſſa communi, etiam ſi fructus alicuius anni ad earum exſolutionem non ſufficiunt. n. 6.

Docetur, creditores ſecundae claſſis debere iuxta cum aliis creditoribus claſſium ſequentium ferre caſus fortuitos. n. 7. *ſqq.*

Primo ex natura negotii ipſos inter et alios creditores initi. n. 8.

Ceſſio bonorum a debitore obaerato creditoribus facta non transfert dominium. n. 9.

Sed

Sed ea translatio ſit, vbi bona conſentientibus creditoribus in ſolutum dantur. n. 10.
Hinc in caſu dato ſocietas ſimplex et particularis inter creditores, quibus bona in ſolutum data ſunt, obtinet. n. 11.
Neque conuentio inter creditores inita huic obligationi aduerſatur. n. 12.
Quae potius communionem bonorum inter creditores fundamenti loco ponit; hincque omnes iure ex hac communione fluentes concluſiones, quatenus non ſunt immutatae, ſtabilit. n. 13.
De caſibus fortuitis a creditoribus ſequentium claſſium ſolis ferendis alte ſilet. n. 14.
Neque ex quibusdam praerogatiuis conceſſis vllo modo deduci poteſt. n. 15.
Immo quum duobus tantum caſibus in praeiudicium creditorum ſequentium claſſium aes alienum contrahere permiſerit, his excluſis contrariam regulam ſtabiliſſe merito cenſetur. n. 16.
Refutantur argumenta in contrarium adducta tum ex tenore conventionis. n. 17.
Tum ex iure communi et particulari. n. 18.
Probatur eisdem creditoribus ſecundae claſſis non deberi vſuras, niſi quatenus ex fructibus annuis poſſunt exſolui. n. 19. ſequent.
Ex tenore conuentionis. n. 20.
Datio bonorum communis debitoris in ſolutum efficit, vt conturbatio ſeu vſitatius loquendo concurſus locum non inuenerit, in eiusque locum ſocietas inter creditores ſit ſurrogata. n. 21.
Hincque creditores ſequentium claſſium a creditoribus ſecundae claſſis iure ſociorum ſint aeſtimandi. n. 22.

Urtheil.

In Compromiſs-Sachen der Gläubiger der Vergleichsmäßigen zweyten Claſſe in dem von S. Mühlen- und Großen-Eixer Debitweſen, an einem, wider die Gläubiger der Vergleichsmäßigen folgenden Claſſen in dieſem Debitweſen, am anderen Theile,

wird auf beyderſeits eingebrachte Ausführungen hiermit für Recht erkannt:

Daß das Suchen der Gläubiger der Vergleichsmäßigen zweyten Claſſe in Anſehung der die Güter Mühlen- und Großen-Eixen nebſt Zubehörungen treffenden Unglücksfälle, als Viehſterben, Hagelſchaden, Feuer vom Himmel u. d. g., wie auch in Anſehung der aus den jähr- 1

 lichen

lichen Aufkünften dieſer Güter etwa nicht erhaltenen jährlichen Zinſen, nicht ſtatt hat, ſondern vielmehr die Gläubiger der Vergleichsmäßigen zweyten Claſſe ſowohl die durch Unglücksfälle in dieſen Gütern entſtandenen Schäden mit den Gläubigern der folgenden Claſſen pro rata zu übernehmen, als auch im Fall, daß die Aufkünfte der Güter in einem Jahre zur Bezahlung der ihnen Vergleichsmäßig gebührenden Zinſen nicht zureichen möchten, mit demjenigen, was ſie aus den reinen Aufkünften erhalten können, für die Zinſen deſſelben Jahrs ſich begnügen zu laſſen verbunden. Die auf dieſen Rechtsſtreit verwandten Koſten werden billig gegen einander verglichen und aufgehoben. V. R. w.

Entſcheidungsgründe.

Obgleich die Gläubiger der Vergleichsmäßigen zweyten Claſſe in dem
2 von S. Mühlen- und Großen-Eixer Debitweſen A) in Anſehung der Unglücksfälle, welche die von dem weyland Maior von S. vermöge des

Nr. 1. actor.

befindlichen Vergleichs von 21. und 24. Decemb. 1772 ſeinen ſämmtlichen Gläubigern in ſolutum gegebenen Güter Mühlen und Großen-Eixen nebſt deren Zubehörungen betreffen, als Viehſterben, Hagelſchaden, Feuer vom Himmel u. d. g. zu behaupten ſuchen, daß ſie ſolche mit den Gläubigern der folgenden Claſſen pro rata zu übernehmen, und dadurch eine Verminderung desjenigen, was ihnen nach Inhalt des zwiſchen den ſämmtlichen Gläubigern unter dem 26. Auguſt. 1773 erneuerten

Nr. 2. actor.

befindlichen Vergleichs an Hauptſtuhl und Zinſen gebühret, zu leiden nicht ſchuldig,

3 dieweil 1) ſie von aller Theilnehmung an dergleichen durch Unglücksfälle verurſachten Schäden nach dem deutlichen Inhalt des gedachten Vergleichs für gänzlich befreyet zu halten, da a) im §. 25. dieſes Vergleichs die Gläubiger der zweyten Claſſe bey künftiger Vertheilung der den ſämmtlichen Gläubigern abgetretenen Güter zwar allenfalls einen proportionirten Verluſt am Hauptſtuhl übernommenen, jedoch dabey ſich im §. 27. ausdrücklich ausbedungen, daß ſie niemals einen höheren Verluſt als von 5 Procent tragen wollten, ohne dabey zu unterſcheiden, ob

ob der Verluſt durch Unglücksfälle, oder durch eine Schuld des admini-
niſtratoris verurſacht worden, woraus ihre Abſicht, zur Uebernehmung der durch Unglücksfälle etwa verurſachten Schäden vorher auf keine Weiſe zu concurriren, zureichend zu erſehen,

auch b) mehrgedachte Gläubiger im §. 10. dieſes Vergleichs in Anſehung der ihnen jährlich gebührenden Zinſen den in euentum übernommenen Verluſt von 5 Procent von ihren Capitalien gleich abſetzen laſſen, und ſich dagegen ausbedungen, daß ihnen von ihren um 5 Procent verminderten Capitalien die Zinſen, wie den Gläubigern der Vergleichsmäßigen erſten Claſſe nach dem §. 9. des Vergleichs, mithin allemal zu 5 Procent verabfolget werden ſollten; durch welches unbedingte Verſprechen dieſe Gläubiger gegen alle durch etwanige Unglücksfälle ſich ereignende Schäden um ſo mehr ſich in Sicherheit ſetzen wollen, je weniger ſie wegen der Beſchaffenheit ihres Rechts den geringſten Verluſt an ihren Capitalien zu übernehmen ſonſt nöthig gehabt;

Demnächſt 2) die Beſchaffenheit des dieſen Gläubigern, als iure ſeparationis gehenden Gläubigern, zuſtehenden Vorrechts vor den Gläubigern der folgenden Claſſen ſie von aller Theilnehmung an dergleichen Schäden ſowohl nach gemeinen, als auch nach beſondern Mecklenburgiſchen Landrechten gänzlich befreye, immaßen a) nach gemeinen Rechten die eigenen Gläubiger eines gemeinen Schuldners vor völliger und gänzlicher Befriedigung der iure ſeparationis gehenden Gläubiger aus der von den Gütern des gemeinen Schuldners abgeſonderten Erbſchaft nicht das geringſte zu erwarten haben, 4

L. 5. D. de ſeparat.

einfolglich alle die Erbſchaftsgüter durch Unglücksfälle betreffende Schäden, in ſo fern dieſe Güter zur Befriedigung der iure ſeparationis gehenden Gläubiger noch zureichen, per conſequentiam allein zu tragen verbunden ſind,

weniger nicht b) dieſes Vorrecht der abgeſonderten Gläubiger in Mecklenburgiſchen Landesgeſetzen nicht nur beſtätiget, ſondern auch vermöge der

ad Nr. 4. actor. ſub lit. A.

beygelegten Fürſtlichen Verordnung vom 29. Ianuar. 1646 erweitert, und in der

ad

ad Nr. 4. actor ſub lit. B.

befindlichen Verordnung vom 10. Ianuar. 1771 dahin erneuert worden, ”daß die iure ſeparationis gehenden Gläubiger durchaus keinen Verluſt „an ihren Capitalien und an den durante communione bis zum wirklichen „Verkauf der Güter auflaufenden Zinſen durch die Taxe leiden ſollen”,

weswegen c) im gegenwärtigen Fall der zwiſchen den ſämmtlichen Gläubigern errichtete und erneuerte Vergleich dieſem ohnſtreitigen Vorrechte der abgeſonderten Gläubiger gemäß um ſo mehr zu erklären, da ſelbige einestheils ſonſt ohne einige Urſache nicht nur in Anſehung ihrer Zinſen einen beſtimmten gewiſſen Verluſt, ſondern auch in Anſehung des Hauptſtuhls einen beſtimmten eventuellen Verluſt übernommen haben würden, anderntheils auch keinem weiteren Verluſt durch Unglücksfälle ſich unterworfen, und bekannten Rechten nach die renunciatio iuris nicht zu vermuthen,

C. 5. X. de renunciat.

ſondern vielmehr die Erklärung gegen denjenigen zu machen, der deutlicher reden können und ſollen;

L. 39. D. de pact.

L. 99. pr. D. de verb. obligat.

5 Daneben auch 3) die von den Gläubigern der folgenden Claſſen dagegen angeführte Gründe für erheblich nicht zu achten, angeſehen a) wenn gleich den ſämmtlichen Gläubigern das wahre Eigenthum der Güter vom weyland Maior von S. in ſolutum übergeben worden, und ſonſten den Rechten nach der Eigenthümer einer Sache die Unglücksfälle, ſo ſelbige betroffen, zu tragen gehalten,

L. 23. D. de reg. iur.

L. 6., L. 9. C. de pignor. act.

dennoch aus dem Angeführten erhelle, daß die abgeſonderten Gläubiger der zweyten Claſſe im mehrgedachten Vergleich durch den für allemal übernommenen Verluſt an Hauptſtuhl und Zinſen, ſich gegen allen weiteren Verluſt zu decken geſucht, und daher ſolcher von den Gläubigern der folgenden Claſſen allein übernommen worden,

gleichergeſtalt b) der von dieſen vorgeſchützte Societätscontract einestheils im gegenwärtigen Fall eigentlich nicht vorhanden, anderntheils durch den Vergleich, worinn die abgeſonderten Gläubiger ſich ihrer

Vorrechte

Vorrechte nicht begeben, ſondern ſolche vielmehr beſtätigen laſſen, in der Maaße eingegangen worden, daß dieſe Gläubiger keinen weiteren Verluſt zu übernehmen verbunden,

auch c) den abgeſonderten Gläubigern aus der Natur einer communionis incidentis im Concurſe dieſe Verbindlichkeit um ſo weniger aufgebürdet werden möchte, je weniger dieſe Communion im Concurſe die Vorrechte der Gläubiger aufhebe, und je deutlicher ſelbige im Vergleich geſichert worden,

ſo wie d) den abgeſonderten Gläubigern die Billigkeit keinesweges entgegen geſetzt werden möchte, da ſie ſchon aus bloßer Gutheit einen beſtimmten Verluſt übernommen, und es vielmehr hart und unbillig ſeyn würde ihnen einen weiteren Verluſt zuzumuthen,

und eben ſo wenig e) die *ad Nr. 4. actor. ſub lit. C.* beygelegte landesherrliche Verordnung vom 20 Iul. 1776 nebſt deren Declaration von 10. Febr. 1777 denſelben entgegen ſtünde, da dieſe Verordnung blos von den auch den abgeſonderten Gläubigern allenfalls abzuziehenden Koſten des Concurſes rede, überdem auch als ein neueres Geſetz auf dieſen Fall nicht zu ziehen,

L. 7. C. de legib. et conſtit. Princ.

und darzu allenfalls durch den Vergleich ſeine Anwendung im gegenwärtigen Fall verlohren, cum prouiſio hominis faciat ceſſare prouiſionem legis;

L. 23. D. de reg. iur.

Hiernächſt B) was die aus den Aufkünften der abgetretenen Güter jährlich zu erhebenden Zinſen anbelanget, die Gläubiger der vergleichsmäßigen zweyten Claſſe gleichfalls der Meinung ſind, daß, wenn die Aufkünfte der Güter in einem Jahre zur Bezahlung der ihnen vergleichsmäßig gebührenden Zinſen nicht zureichen möchten, ſie mit demjenigen, was ſie aus den reinen Aufkünften erhalten können, für die Zinſen deſſelben Jahrs ſich begnügen zu laſſen nicht verbunden, ſondern den etwanigen Rückſtand entweder aus den Aufkünften der folgenden Jahre, oder aus einem auf Credit der Maſſe aufzunehmenden Anlehn ſogleich zu fordern für berechtiget zu halten, indem aus den vorher angeführten Gründen ſie ſowohl nach dem Inhalt des Vergleichs, da ſie vermöge §. 10. die jährlichen Zinſen zu 5 Procent allemal haben ſollten, als nach der Beſchaffenheit des ihnen als abgeſonderten Gläubigern nach gemeinen und Mecklenburgiſchen Rechten zuſtehenden Vorrechts einen aus einer etwanigen Verminderung der jährlichen Aufkünfte entſtehenden Verluſt ihrer Zinſen zu übernehmen auf keine Weiſe für ſchuldig zu halten; 6

Und hieraus, daß anders, als geſchehen, zu erkennen geweſen, es das Anſehen, gewinnen möchte;

7 Dennoch aber und dieweil A) was die Unglücksfälle, welche die von dem weyland Major von Schw. ſeinen ſämmtlichen Gläubigern in ſolutum gegebenen Güter und Mühlen- und Großen-Eiren nebſt deren Zubehörungen betreffen, als Viehſterben, Hagelſchaden, Feuer vom Himmel u. d. g. anbelanget, das Suchen der Gläubiger der vergleichsmäßigen zweyten Claſſe, daß ſolche von den Gläubigern allein getragen werden ſollen, für gegründet nicht zu halten, ſondern vielmehr die Gläubiger der zweyten Claſſe die durch dergleichen Unglücksfälle in dieſen Gütern verurſachen Schäden mit den Gläubigern der folgenden Claſſen pro rata zu übernehmen ſchuldig ſind;

8 Anerwogen 1) dieſe Schuldigkeit aus der Natur und Beſchaffenheit der Verbindung, worinn ſie vermöge des mit dem Major von Schw. unter dem 21 und 24. Dec. 1772 geſchloſſenen, und unter ſich unter dem 26. Aug. 1773. erneuerten Vergleichs getreten, ohnſtreitig fließet;

9 immaßen a) wenn gleich an ſich ſonſt bekannten Rechtens, daß das Corps der Gläubiger per ceſſionem bonorum keinesweges ein Eigenthum der cedirten Güter, ſondern blos ein Recht, durch den Weg der Diſtraction aus demſelben ſich bezahlt zu machen, erhält,

L. 3., *L.* 5. *D. de ceſſione bonor.* *L.* 4. *C. qui bon. ced. poſſunt.*

und daher der Schuldner poſt factam ceſſionem Schuldner und Eigenthümer bleibt, mithin re adhuc integra die geſchehene Ceßion zu revociren für befugt zu halten, *L.* 2. *C. eodem.*

10 dennoch im gegenwärtigen Fall der Major von Schw. ſeinen ſämmtlichen Gläubigern ſeine Güter nicht ſolita ceſſione cediret, ſondern nach dem §. 1. und 4. des *Nr.* 1. *actor.*

befindlichen Vergleichs durch eine wirkliche dationem in ſolutum völlig eigenthümlich überlaſſen, und dagegen auch im §. 9. dieſes Vergleichs wegen aller An- und Zuſprüche gänzlich quitirt und freygeſprochen worden, einfolglich das Corps der ſämmtlichen Gläubiger geſtändiger Maaßen nach dem §. 7. des erneuerten Vergleichs ein wahres Eigenthum der überlaſſenen Güter erhalten, mithin die Unglücksfälle, welche während dieſes gemeinſchaftlichen Eigenthums die Güter betreffen, nach der bekannten Rechtsregel, quod caſum ſentiat dominus,

*L.*23. *D. de reg. iur.* *L.*6., *L.* 9. *C. de pignor. act.* *L.* 3. *C. de Aedil. act.*

vom ganzen Corps der Gläubiger als vom eigentlichen Eigenthümer übernommen werden müſſen, und um ſo weniger den Gläubigern der folgen-

den

den Claſſen allein zur Laſt fallen mögen, je weniger denſelben das Eigenthum dieſer Güter allein beygelegt werden mag;

ferner b) die ſämmtlichen Gläubiger durch den erſt mit dem Major von Schw. gemeinſchaftlich geſchloſſenen und nachher unter ſich erneuerten Vergleich zwar keinen contractum ſocietatis negotiatoriae, allein doch ohnſtreitig einen wahren contractum ſocietatis ſimplicis particularis unter ſich eingegangen *L. 2. pr. D. commun. diuid.* 11

einfolglich per naturam dieſes Contracts und der daraus entſtehenden Communion die zur Erhaltung und Wiederherſtellung der gemeinen Sache erforderliche Koſten gemeinſchaftlich zu tragen,

L. 4. §. 3., L. 11. D. eodem. L. 38. §. 1. D. pro ſocio.

dannenhero auch die Erſetzung der durch Unglücksfälle in den Gütern entſtandenen Schäden gemeinſchaftlich zu übernehmen verbunden, und dieſe Laſt blos auf die in den folgenden Claſſen ſtehenden ſocios zu wälzen um ſo weniger befugt ſind,

Da c) die zur Erſetzung der durch dergleichen Unglücksfälle verurſachten Schäden verwandten Koſten vornämlich zum Behuf der von den Gütern zu erhaltenden Aufkünfte angewandt werden, und dieſe Aufkünfte nach dem Inhalt des Vergleichs im §. 10. *Nr. 2. actor.*

zuförderſt zur Bezahlung der den Gläubigern der zweyten Claſſe gebührenden Zinſen dienen ſollen, weswegen die Gläubiger der zweyten Claſſe während dieſer eingegangenen Societät zur Erſetzung der durch dergleichen Unglücksfälle verurſachten Schäden um ſo mehr zu concurriren verbunden, je gewiſſer es iſt, daß dieſe Erſetzung nicht bloß zum Vortheil der Gläubiger der folgenden Claſſen, ſondern hauptſächlich zu ihrem eigenen Nutzen geſchieht, nach bekannten Rechten aber omnium contributione ſarciendum quod pro omnibus datum eſt, *L. 1. de lege Rhod. de iact.*

und je weniger den folgenden Gläubigern das Ihrige zum alleinigen Nutzen der erſtern aufzuopfern, und den ihnen vermöge der eingegangenen Gemeinſchaft zuſtehenden Antheil an dieſen Gütern ſich nach und nach zum Vortheil der erſteren entziehen zu laſſen, mit Beſtande Rechtens zugemuthet werden mag;

Hiernächſt 2) dieſe Verbindlichkeit der Gläubiger der zweyten Claſſe dem Inhalt des geſchloſſenen und erneuerten Vergleichs vollkommen gemäß, und in dieſem etwas, ſo derſelben widerſtreite, keinesweges befindlich, 12

indem a) in ſothanen Vergleich das den ſämmtlichen Gläubigern überlaſſene Eigenthum der Schw. Güter und die daraus entſtehende Communion unwiderſprechlich feſtgeſetzet, und daher auch natürlich die Folgen

dieſes Eigenthums und dieſer Communion in ſo fern anerkannt worden, als man ſolche durch beſondere Verabredungen abzuändern nicht beliebet,
14 daneben b) in der in demſelben befindlichen genauen Beſtimmung der beliebten Communion und deren Wirkungen mit keinem Worte enthalten, daß die Gläubiger der folgenden Claſſen die ſich etwa ereignenden Unglücksfälle mit Verluſt des ihnen gebührenden Antheils allein übernehmen, und dadurch den Schaden in der Geſellſchaft allein tragen, den Vortheil aber ihren *ſociis* der zweyten Claſſe allein überlaſſen ſollen; weswegen, wenn eine ſolche der Natur einer Geſellſchaft widerſtreitende Bedingung *L. 29. §. 2. D. pro ſocio,* auch für zuläſſig gehalten werden möchte, die Gläubiger der zweyten Claſſe ſich ſelbige hätten ausbedingen müſſen, und, da ſolches nicht geſchehen, die Erklärung des Vergleichs natürlich gegen ſelbige geſchehen muß, *L. 39. D. de pact.* *L. 21. D. de reb. dub.*
15 auch c) aus den den Gläubigern der zweyten Claſſe im Vergleich zugeſtandenen Vorrechten in dieſer Communion die Befreyung derſelben von Uebernehmung der durante communione ſich etwa ereignenden Unglücksfälle auf keine Weiſe begründet werden mag, angeſehen eines, theils das ihnen in Anſehung ihrer Capitalien zugeſtandene Vorrecht, daß ſie nämlich nur höchſtens 5 Procent daran verlieren ſollen, nach den deutlichen Worten des erneuerten Vergleichs im §. 25. ſqq. auf die finita communione vorzunehmende künftige Diſtribution der Maſſe geht, und keinesweges die ihnen durante communione per naturam derſelben obliegende Verbindlichkeit, zur Erhaltung der Maſſe und zum Behuf der davon zu genießenden Aufkünfte zu concurriren, ausſchließen mag, anderntheis ihr Vorrecht in Anſehung der Zinſen, daß ſie allemal jährlich 5 Procent nach einem beſtimmten Abzug vom Hauptſtuhl haben ſollen, nicht nur nach dem deutlichen Sinn des Vergleichs, nach welchem die folgenden Gläubiger ihre ſocii und nicht ihre Schuldner geworden, ſondern auch nach den klaren Worten deſſelben im §. 7. 12. und 30. blos die Aufkünfte der Güter betrifft, mithin die Verbindlichkeit, zur Erhaltung dieſer Aufkünfte die nöthigen Koſten pro rata zu übernehmen, nicht ausſchließet, cum fructus non intelligantur, niſi deductis impenſis, *L. 46. D. de vſur.* *L. 36. §. 5. D. de hered. petit.*
16 vielmehr d) das Gegentheil, daß nämlich die folgenden Gläubiger mit Verluſt oder Verminderung des ihnen an den Gütern zuſtehenden Antheils die aus etwanigen Unglücksfällen erwachſenen Schäden allein zu übernehmen nicht verbunden, im Vergleich dadurch zureichend feſt-

geſetzt

geſetzt worden, daß vermöge deſſelben blos in zweyen Fällen, nämlich im §. 17. zur Bezahlung der bis Trinitatis 1771 reſtirenden Zinſen, und im §. 2. und 7. allenfalls zur Bezahlung der der Majorin von S. vom Corps der Gläubiger verſprochenen Zinſen, auf Credit der Maſſe ein Capital aufzunehmen beliebet worden; weswegen nach der bekannten Rechtsregel, quod exceptio in caſibus non exceptis regulam firmet,

L. 12. §. 43. *D. inſtruct. vel inſtrum.* *L.* 4. §. 6. *D. de penu legat.*

zum Behuf der Erſetzung ſolcher Schäden ein neues Capital auf Credit der Maſſe ohne eine neue Einwilligung der folgenden Gläubiger um ſo weniger aufgenommen werden mag, je mehr es ohnſtreitigen Rechtens, quod in communione melior ſit conditio prohibentis,

L. 28. *D. comm. divid.* *C.* 56. *de reg. iur. in* 6.

auch c) der Umſtand, daß die Gläubiger der zweyten Claſſe im §. 10. des erneuerten Vergleichs in Anſehung ihrer jährlichen Zinſen am Hauptſtuhl 5 Procent fallen laſſen, die behauptete Befreyung von gemeinſchaftlicher Uebernehmung der Unglücksfälle zu begründen nicht vermögend iſt, da dieſe Remiſſion einestheils ſub modo der jetzt behaupteten Befreyung nicht geſchehen, und bekannten Rechten nach propoſitum mente retentum nihil operetur, *L.* 7. *C. de condict. ob cauſſ. dat.* anderntheils zum Behuf des Vortheils des jährlichen Genuſſes der Zinſen aus den Aufkünften der Güter, die bey einem wirklichen Concurſe zum Beſten der Maſſe, mithin der folgenden Gläubiger, auf Zinſen angelegt werden müſſen, vernünftig geſchehen können; 17

Endlich auch 3) dieſe Verbindlichkeit den Geſetzen, welche die Vorrechte der abgeſonderten Gläubiger beſtimmen, nicht widerſtreitet, ſondern vielmehr denſelben für völlig gemäß zu halten, 18

indem a) nach dem Inhalt der *ad Nr.* 4. *actor. ſub lit. A.* beygebrachten Herzoglichen Verordnung vom 29. Ianuar. 1646 im Concurſe diejenigen Gläubiger, welche nach dem Prioritätsurtheil voranſtehen und aus den Gütern das Ihrige bekommen können, wenn die Güter nicht verkauft werden können, ſelbige ad interim praevia taxatione in ſolutum annehmen, und die Intraden pro rata ihrer Forderungen unter ſich theilen und genießen, mithin auch die zum Behuf dieſer Intraden zu verwendenden Koſten gemeinſchaftlich übernehmen ſollen; in welchen Fall die ſämmtlichen Gläubiger ſich ohne vorhergehenden Concursproceß durch den errichteten Vergleich in der That geſetzet, die Theilung der Intraden beſtimmet, und daher auch der gemeinſchaftlichen Uebernehmung der darzu nöthigen Koſten ſich unterworfen haben;

und

und b) was die Gläubiger der zweyten Claſſe zur Begründung ihrer Intention aus Geſetzen für ſich anführen wollen, im gegenwärtigen Fall keine Anwendung hat, immaßen, was ſie von den Vorrechten der abgeſonderten Gläubiger im entſtandenen Concurſe nach gemeinen und Landesrechten angeführet, hier nicht eintreten mag, da ſie durch den eingegangenen Vergleich zu ihrem allerſeitigen Beſten den Concurs gehindert, durch Annehmmung des Eigenthums ihre vorigen Rechte an den Gütern verlohren,

L. 29. D. de pignor. act. *L. 43. D. de ſolut.*

und aufgehöret haben, Gläubiger vom gemeinen Schuldner zu ſeyn, dagegen in Communion des Eigenthums getreten, und blos nach den Regeln der Communion, inſofern im Vergleich davon keine Ausnahme gemacht worden, zu beurtheilen ſind;

19 Hiernächſt B) was die aus den Aufkünften der abgetretenen Güter jährlich zu erhebenden Zinſen anbetrifft, die Gläubiger der zweyten Claſſe im Fall, daß die Aufkünfte der Güter in einem Jahr zur Bezahlung der ihnen Vergleichsmäßig gebührenden Zinſen nicht zureichen möchten, mit demjenigen, was ſie aus den reinen Aufkünften erhalten können, für die Zinſen deſſelben Jahrs ſich begnügen zu laſſen allerdings verbunden ſind, und den etwanigen Rückſtand ſo wenig aus den Aufkünften der folgenden Jahre, als aus einem auf Credit der Maſſe aufzunehmenden Dahrlehn ſogleich zu fordern für berechtiget zu halten;

20 Anerwogen 1) nach den deutlichen Worten des erneuerten Vergleichs im §. 7. 12. und 30 die ſämmtlichen Gläubiger, einfolglich auch die zur zweyten Claſſe gehörigen, die jährlichen Zinſen aus den Aufkünften der Güter haben ſollen, mithin blos die jährlichen Aufkünfte der Güter dasjenige ſind, was nach dem Inhalt des Vergleichs zum Behuf der Zinſen unter den Gläubigern auf eine beſtimmte Weiſe vermöge der eingegangenen Communion hat jährlich vertheilet werden ſollen;

Daher 2) der im §. 10. des erneuerten Vergleichs enthaltene Ausdruck, daß die Gläubiger der zweyten Claſſe ebenfalls jährlich 5 Procent haben ſollen, mit der natürlichen Einſchränkung, dafern die jährlichen Aufkünfte der Güter, woher die Zinſen genommen werden ſollen, zur Bezahlung dieſer Zinſen zureichen, nothwendig verſtanden werden muß;

21 Auch 3) das vorgeſchützte Recht der abgeſonderten Gläubiger, an ihren Zinſen im Concurſe nichts zu verlieren, ihnen nicht zu ſtatten kommen mag, da aus dem vorher Ausgeführten erhellet, daß durch den errichteten Vergleich der Concurs gehindert worden, und die Gläubiger der zweyten Claſſe ihre Zinſen nicht mehr als Gläubiger im Concurſe vom gemeinen Schuldner aus der Maſſe der demſelben gehörigen Güter, ſondern als ſocii in einer Communion aus gemeinſchaftlichen Gütern als einen ihnen zugeſtandenen Antheil der Früchte derſelben verlangen können;

22 Und 4) durch den errichteten Vergleich die Gläubiger der folgenden Claſſen zwar ſocii der Gläbiger der zweyten Claſſe, allein nicht deren Schuldner geworden, mithin einen etwanigen Rückſtand von Zinſen ſo wenig aus den Aufkünften der folgenden Jahre, als durch ein auf Credit der Maſſe aufgenommenes Dahrlehn aus ihrem eigenen Vermögen abzutragen angehalten werden mögen;

Als ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, mit Vergleichung der Koſten zu erkennen bewogen worden.

und b) was die Gläubiger der zweyten Claſſe zur Begründung ihrer Intention aus Geſetzen für ſich anführen wollen, im gegenwärtigen Fall keine Anwendung hat, immaßen, was ſie von den Vorrechten der abgeſonderten Gläubiger im entſtandenen Concurſe nach gemeinen und Landesrechten angeführet, hier nicht eintreten mag, da ſie durch den eingegangenen Vergleich zu ihrem allerſeitigen Beſten den Concurs gehindert, durch Annehmmung des Eigenthums ihre vorigen Rechte an den Gütern verlohren,

L. 29. D. de pignor. act. *L. 43. D. de ſolut.*

und aufgehöret haben, Gläubiger vom gemeinen Schuldner zu ſeyn, dagegen in Communion des Eigenthums getreten, und blos nach den Regeln der Communion, inſofern im Vergleich davon keine Ausnahme gemacht worden, zu beurtheilen ſind;

19 Hiernächſt B) was die aus den Aufkünften der abgetretenen Güter jährlich zu erhebenden Zinſen anbetrifft, die Gläubiger der zweyten Claſſe im Fall, daß die Aufkünfte der Güter in einem Jahr zur Bezahlung der ihnen Vergleichsmäßig gebührenden Zinſen nicht zureichen möchten, mit demjenigen, was ſie aus den reinen Aufkünften erhalten können, für die Zinſen deſſelben Jahrs ſich begnügen zu laſſen allerdings verbunden ſind, und den etwanigen Rückſtand ſo wenig aus den Aufkünften der folgenden Jahre, als aus einem auf Credit der Maſſe aufzunehmenden Dahrlehn ſogleich zu fordern für berechtiget zu halten;

20 Anerwogen 1) nach den deutlichen Worten des erneuerten Vergleichs im §. 7. 12. und 30 die ſämmtlichen Gläubiger, einfolglich auch die zur zweyten Claſſe gehörigen, die jährlichen Zinſen aus den Aufkünften der Güter haben ſollen, mithin blos die jährlichen Aufkünfte der Güter dasjenige ſind, was nach dem Inhalt des Vergleichs zum Behuf der Zinſen unter den Gläubigern auf eine beſtimmte Weiſe vermöge der eingegangenen Communion hat jährlich vertheilet werden ſollen;

Daher 2) der im §. 10. des erneuerten Vergleichs enthaltene Ausdruck, daß die Gläubiger der zweyten Claſſe ebenfalls jährlich 5 Procent haben ſollen, mit der natürlichen Einſchränkung, dafern die jährlichen Aufkünfte der Güter, woher die Zinſen genommen werden ſollen, zur Bezahlung dieſer Zinſen zureichen, nothwendig verſtanden werden muß;

21 Auch 3) das vorgeſchützte Recht der abgeſonderten Gläubiger, an ihren Zinſen im Concurſe nichts zu verlieren, ihnen nicht zu ſtatten kommen mag, da aus dem vorher Ausgeführten erhellet, daß durch den errichteten Vergleich der Concurs gehindert worden, und die Gläubiger der zweyten Claſſe ihre Zinſen nicht mehr als Gläubiger im Concurſe vom gemeinen Schuldner aus der Maſſe der demſelben gehörigen Güter, ſondern als ſocii in einer Communion aus gemeinſchaftlichen Gütern als einen ihnen zugeſtandenen Antheil der Früchte derſelben verlangen können;

22 Und 4) durch den errichteten Vergleich die Gläubiger der folgenden Claſſen zwar ſocii der Gläbiger der zweyten Claſſe, allein nicht deren Schuldner geworden, mithin einen etwanigen Rückſtand von Zinſen ſo wenig aus den Aufkünften der folgenden Jahre, als durch ein auf Credit der Maſſe aufgenommenes Dahrlehn aus ihrem eigenen Vermögen abzutragen angehalten werden mögen;

Als ſind wir, wie im Urtheil geſchehen, mit Vergleichung der Koſten zu erkennen bewogen worden.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Becmann, Gustav Bernhard, 1720-1783

Fratrvm Becmannorvm Consilia Et Decisiones

Bd.: 2

Goettingae (1784)

4 Decis. 12-2/3
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10349009-8
VD18 80395457